صاحب الهداية

علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني برهان الدين المرغيناني الراشداني صاحب الهداية وكتاب البداية وكفاية المنتهى في نحو ثمانين مجلدة وكتاب التجنيس والمزيد ومناسك الحج مات سنة ثلث وتسعين وخمسمائة قلت وله كتاب مختار مجموع النوازل وكتاب في الفرائض وقد لقي المشايخ وجمع لنفسه مشيخة

من تاريخ الجلالي

صاحب الأكمل

محمد بن محمود بن أحمد البابرتي الشيخ أكمل الدين الحنفي ولد سنة بضع عشرة وسبعمائة وأخذ عن أبي حيان والأصفهاني وسمع الحديث من الدلاصي وابن عبد الهادي وقرره شيخو في مشيخة مدرسته وعظم عنده جدا وعند من بعده بحيث كان الظاهر برقوق يجيء إلى شباك الشيخونية فيكلمه وهو راكب وينتظره حتى يخرج فيركب معه وكان علامة فاضلا ذا فنون وافر العقل قوي النفس عظيم الهمة مهابا عرض عليه القضاء مرارا فامتنع وله من التصانيف التفسير شرح المشارق شرح مختصر ابن الحاجب شرح عقيدة الطوسي شرح الهداية في الفقه شرح الغنية [?] ابن معط في النحو شرح المنار شرح البزدوي شرح التلخيص في المعاني قال ابن حجر وما علمته حدث بشيء من مسموعاته مات ليلة الجمعة تاسع عشر رمضان لسنة ست وثمانين وسبعمائة وحضر جنازته السلطان ومن دونه ودفن بالشيخونية روح الله روحه وكثر بالأجور فتوحه

سيوطي

الملك لله سبحانه في حفظ عبده الحاجي بشير آغاء دار السعادة الشريفة لسنة ثمان وخمسين ومائة وألف

من النسخة الجليلة والمجلة الجميلة من وقف حضرت مولانا صاحب الخيرات الحسنات صاحب ذيل الجود والإحسان منور مصابيح المقاصد بأنوار العناية مفتح معاقد المراصد بمفتاح الكفاية جامع محاسن العلم والعمل حائز مجامع البر الأكمل ألا وهو آغا دار السعادة الحاج بشير وفقه للخير المزيد والبر الكثير من هو على كل شيء قدير

حرره الفقير السيد [?] محمد أمين المفتش بأوقاف الحرمين المحترمين عفي عنه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا في البداية، معرفة الهداية، ورعانا بعين العناية في النهاية، عن الجهل والغواية،
وجعلنا ممن آمن بما انزل واتبع الرسول، ووفق للدراية وخصنا باهلية الشهادة على الامم وكمال الرعاية،
احمده على نافلة حكمه، واشكره على سوابغ نعمه، واصلي على من اصطفاه الله للرسالة، فكان حائزا على رغم حاسديه
جاميا اسنى درجاته، بمعرفة ام الكتاب، معدن الانوار والاسرار، فكان اماما حاويا لاسبابها محمد المبعوث
الى الاسود والاحمر بالكتاب العربي، المعجز المنور، وعلى آله واصحابه القائمين بنصرة الدين القويم الازهر والصفوة
المجتهدين من امته الوارثين لعلمه العزيز الانوار، يقول العبد الفقير الى رحمة ربه الغني محمد بن محمود
ابن احمد الحنفي، غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الخفي اما بعد فان كتاب الهداية لمنية
الهداية، لاحتوائه على اصول الدراية، وانطوائه على متون الرواية، حلت معادن الفاظه من حيث
الانسجام، وخلت نقود معانيه، عن زيف الايجاز، وبهرج الاطناب، فبرز بروز الابريز، مركبا من معنى
وجيز تمشت في المفاصل عذوبته، وفي الافكار رقته، وفي العقول حدته، ومع ذلك فربما خفيت
جواهر في معادنها، واستترت لطائفه في مكامنها، فلذلك تصدى الشيخ الامام، والقرم الهمام جامع الاصل
والفرع، مقرر مباني احكام الشرع، حسام الملة والدين السغناقي، سقى الله ثراه، وجعل الجنة
مثواه، لابراز ذلك والتعبير عما هنالك فشرحه شرحا وافيا، وبين ما اشكل منه بيانا شافيا وسماه النهاية
لوقوعه في نهاية التحقيق واشتماله على ما هو الغايات في التدقيق، لكن وقع فيه بعض اطناب لا بحيث ان يحجز
لاجله الكتاب، ولكن يعسر استحضاره وقت القاء الفاظ الهداية الدرس للطلاب، وكانوا يقترحون عند المذاكرة
ان اختصره على ما يحتاج اليه حل الفاظ الهداية وبيان مبانيه ويحصل به تطبيق الادلة على تقرير احكامه ومعانيه
وكنت امتنع من ذلك غاية الامتناع، واسوفهم من الاعوام مثنى وثلاث ورباع، وكان امتناعي يزيدهم غراما
وتسويفي يفيدهم هياما، فلم يزل على هذا المنهاج، حتى اصبحوا ظاهرين بالالحاح، فاستخرت الله تعالى واقدمت
على هذا الخطب الخطير، وتضرعت بضراعة الطالب الى العالم الخبير، في استنزال كلاءته عن الزلل في التحرير
والتقرير، وجمعت فيه ومن غيره من الشروح ما ظننت انه مما يحتاج اليه وما يكون الاعتماد وقت الاستدلال
عليه، واشرت الى ما يستخرج مقدمات الدليل وترتيبه، ولم ار احدا الى تنقيحه وتهذيبه، واوردت مباحث
لم اظفر عليها في كتاب، ولم يصل اليه احد لا برسالة ولا خطاب، بل كان خاطري ابا عذره، ومفتض خاتمه
ومره، وسميته العناية لحصوله بعون الله والعناية، وسألت الله ان ينفع به كما نفع باصله انه اكرم مسؤول
واعز مأمول، ثم اني اروي كتاب الهداية، عن شيخي العلامة، امام الهدى، معدن التقى، فريد عصره، ووحيد

دهره

دهره، قدوة العلماء، عمدة الفضلاء، قوام الحق والملة والدين الكاكي قدس الله روحه، ونور ضريحه،
عن شيخيه العلامتين الامامين الهمامين المجتهدين مولانا علاء الدين عبد العزيز صاحب الكشف ومولانا حسام
الدين حسين السغناقي صاحب النهاية برد الله مضجعهما، ونور بفضله وكرمه مجمعهما، وهما يرويانه عن الشيخ الكبير
السالك الناسك البارع الورع النقي التقي استاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير، وعن قطب المجتهدين، وقدوة
المحققين، واسوة المدققين، مولانا فخر الدين، المايمرغي رحمهما الله رحمة واسعة، وهما يرويانه عن استاذ
ائمة الدنيا مظهر كلمة العليا شمس الائمة محمد بن عبد الستار بن محمد الكردري تغمده الله برحمته ورضوانه
وهو يروي عن شيخه شيخ شيوخ الاسلام، حجة الله على الانام، مرشد علماء الدهر ما تكررت الليالي والايام
المخصوص بالعناية صاحب الهداية غفر الله لهم ولنا ولوالدينا ولوالديهم واباحنا الجنة برحمته وختم لنا بالخير
فيه اجمعين انه ارحم الراحمين **قال** المصنف رحمه الله، الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه اللام
في الحمد للجنس ويجوز ان تكون للاستغراق الجنس وجعله للاستغراق عند اهل السنة وللعهد عند المعتزلة بناء
على ان العباد خالقو افعالهم فيستحقون من الحمد ما يقابلها فلا يكون الاستغراق صحيحا ليس بواضح لان من اهل السنة
من جعله للعهد ايضا كالزمخشري وصاحب الكشاف جعله للجنس والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل فقولنا
هو الوصف كالجنس وقولنا بالجميل اخرج ما ليس كذلك وقولنا على جهة التفضيل اخرج ما يكون على جهة الاستهزاء
والتهكم والكلام في اسم الجلالة من كونه مشتقا او غير مشتق علما او غيره ليس مما يهمنا الآن ومعنى
قوله الحمد لله ما يعرفه كل احد من المعنى الذي يطلق عليه هذا اللفظ اي جميع افراد ذلك ثابت لله بالاختصاص
وهو كما ترى يفيد كون الله تعالى محمودا اصدر الحمد من حامد او لا والمعالم جمع معلم واراد به اصول الشرع لكونها
مداركا للعلم الشرعي والاعلام علما وهو والشعائر جمع شعيرة وقيل المراد بها ما يؤدي من العبادات على سبيل الاشتهار
كالاذان والجمعة وصلاة العيد والاضحية والشرع بمعنى المشروع او بمعنى الشارع ويكون من قبيل اقامة المظهر موضع
المضمر او بمعنى الشريعة يقال شرع محمد عليه الصلاة والسلام كما يقال شريعة محمد واحكام الشرع في الحل والحرمة والصحة
والفساد وغيرها والمراد بالشعائر الاسباب والعلل والشروط والعلامات التي للاحكام ويكون اشارة الى براعة
الاستهلال فان كتابه هذا اشتمل على الاحكام مبنية بذلك **قال** وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم
اجمعين قيل الرسول هو النبي الذي معه كتاب كموسى وعيسى عليهما السلام وهو الظاهر **وقوله** هادين اي مبينين
طريق الصواب واعترض على المصنف بانه ترك ذكر محمد صلى الله عليه وسلم مع كونه الاصل المحتاج الى ذكره، واجيب بان
المراد بالرسل والانبياء محمد صلى الله عليه وسلم لكن جمعه تعظيما له واجلالا لقدره وهو محتمل **وقوله** هادين في كونه
صفة مادحة **وقوله** يسلكون يجوز ان يكون صفة للعلماء وان يكون حالا لاتصافه او للابتداء والنكرة الموصوفة جاز
ان يقع عنها الحال متاخرا وان يكون استئنافا كانه قيل ما الكيفية دعوهم الى سنن سننهم فقال يسلكون فيما لم يؤثر عنهم
اي لم يوجد عنهم ما يؤثر اي يروى مسلك الاجتهاد وفيه بيان انهم لا يخرجون عن المأثور منهم اذا وجدوه وانهم يتبعوهم
على الدوام لانهم ان وجدوا ما اثر عنهم عملوا به واتبعوهم فيه وان لم يجدوا اتبعوهم في طريقهم اذا لم يروح الفهم
وهو الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل الظن بحكم شرعي وتقرير شروطه وحكمه في التقرير
وقوله مسترشدين حال من ضمير يسلكون واراد باوائل المستنبطين ابا حنيفة واصحابه رضي الله عنهم بدليل
قوله حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق فانهم الذين نقلوا قواعد المسائل الشرعية وتبيينها والمراد بالجلي المسائل
القياسية لظهور ادراكها غالبا وبالدقيق المسائل الاستحسانية لخفاء ادراكها قيل ما وضعه اصحابنا من المسائل هي
الفقهية هو الف الف وماية الف وستون الف ونيف مسئلة **وقوله** غير ان الحوادث منصوب على الاستثناء
من قوله حتى وضعوا وهو جواب عما يقال اذا كان اوائل المستنبطين وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق فاي حاجة
تدعو الى الاستنباط والتصنيف ووجهه انهم وان وضعوا ذلك الا ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل

أي الواقعات يضيق عنها نطاق الموضوع والنطاق هو المنطقة واستعيرها هنا للأجوبة المنقولة عن السلف في الفتاوى
والاقتناص الاصطياد والشوارد جمع شاردة وهي الآبدة والقبس شعلة من نار يعني التقطت منه نادرا واقتبست منه علما
أي استفدته والموارد جمع المورد استعار الشوارد للأحكام المستخرجة من الأصول بالاستنباط بجامع سبب الوصول
إلى المقصود واستعار الموارد للأصول باعتبار محل الوصول يعني كما أن اصطياد الصيود النافرة من مواردها ومناهلها
كذا اصطياد الحوادث الفقهية من الأصول أي الكتاب والسنة والإجماع بالاعتبار وبين أن الاعتبار ليس صنعة
كل أحد بل من صنعة الرجال الكاملين في الرجولية **وقوله** فالوقوف على المآخذ ضرب بأن بقوله والاعتبار بالأمثال وقوله
نعض عليها حال من الضمير في الخبر ومعناه وقيد الأحكام على أنظار بها إنما هو من صنعة الكمل من الرجال وهو الوقوف
على المآخذ حال كونها نعض عليها بالنواجذ يعني إذا كان الوقوف بأحكام وإتقان ثم قوله عن أن الحوادث إلى آخره
اعتذار عن الشروع في التصنيف **وقوله** والاعتبار بالأمثال إن كان ذكره هضما للنفس عن رتبة التصنيف كان
معناه الاعتبار بالأمثال من صنعة الرجال وبالوقوف المحكم المتقن على المآخذ وكنت منهم ولا حصل بذلك لكن قد جرى
على الوعد في مبدأ بداية المبتدي أن أشرحها شرحا أرسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه حال كون الوعد يسوغ بعض
المساغ لئلا أكون ممن ذاق عدة الخلف وإنما قال بعض المساغ لأن الوعد بالشرع غير موجب وإنما هو مجوز رجيا والى هذا
المعنى أعني كونه هضما للنفس ذهب صاحب النهاية وتاج الشريعة رحمهما الله وإن كان ذكره لبيان صاحبه لذلك
كان معناه وأنا بينهم هم رجال ونحن رجال وحصل الوقوف لنا على المآخذ بالاتفاق كما حصل لهم فجاز لنا الاعتبار
والحال أنه قد جرى على الوعد وهو مما يسوغ بعض المساغ يعني منفردا عن صلاحية الواعد للإتيان بالموعود وكيف
مع الصلاحية وإلى هذا ذهب بعض الشارحين لكن الأولى هذا الوجه الذي ذكرته من العبارة **وقوله** وحين كاد يتكئ
عنه اتكاء الفراغ قيل عدي الاتكاء بعن وإن كانت تعديته بعلى لتضمين معنى الفراغ ورد بأن معناه حينئذ يكون
وحين كاد أفرغ عنه فراغ الفراغ وهو ركيك فالأولى أن يجعل عنه صلة الفراغ تقدم رعاية للسجع **وقوله** تلبثت
أي علمت والنبذ الشيء القليل **وقوله** فصرفت العنان والعناية يعني عنان الخاطر وعناية القلب وقيل المراد بالعناية
الباطن **وقوله** أجمع يجوز أن تكون حالا من ضمير صرفت ويجوز أن تكون صفة شرح وعيون الرواية وهي التي اختارها
العلماء فإن عين الشيء خياره ومتون الدراية المعاني المؤثرة والنكت المبينة **وقوله** في كل باب يعني من الرواية والدراية
وقوله عن هذا النوع إشارة إلى الذي وقع في كفاية المنتهي وخاف أن يهجر لأجله الكتاب والإسهاب أي الإطناب
وهو التكلم بأزيد من متعارف الأوساط **وقوله** معنا أنه دفع لما يتوهم أنه لما وقع موجزا خاليا عن الأصول والفصول
كان أولى بالهجر من الأول فقال ليس كذلك بل هو مع كونه خاليا عن الإطناب مشتمل على أصول تنسحب عليها فصول
وهو كما قال جزاه الله عن الطلبة خيرا يطلع على ذلك من يجد مركابه حق جده فيما ظهر من ذلك **قوله** في فساد
البيع بالشرط كل شرط يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسد
البيع فالنفي كل قيد منه احتراز عما يضاده وجمع لما يوافقه **وقوله** لإتمامها وإحسانها الضمير للهداية
وفي بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمائر للشرحين **وقوله** والمزيد مصدر كالزيادة وصاعقها الوقت بمعنى
عجلة أي أسجته وإسناده إلى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار وفي الشعر لأبي فراس وقبله • على ربع العامرية
وقفة • لتملي على الشوق والدمع كاتب •• ومن عادتي حب الديار لأهلها • وللناس فيما يعشقون مذاهب
والفن خير كله أي هذا الفن وهو علم الفقه كله خير فإن شئت فارغب في الأقصر والأخصر حفظا وعملا
وإن شئت في الأطول الأكبر كشفا وتأصيلا وقيل معناه جلس العالم حسن فارغب في أي نوع شئت وهو كلام صحيح
لكن لا تقريب له هاهنا والمراد بالمجموع الثاني هو الهداية وكأنه بعد صرف العنان والعناية لم يشرع فيه حتى سأله
إخوانه الإملاء عليهم فافتتح مستعينا بالله في تحريرها أي تقويم ما تناوله وتخليصه وفي لفظ المفاعلة مزيد
مزاولة ومقاساة لبيس في القول وحاولت الشيء أردته ويقال لا تجد بكذا أي طاقة به روي أن صاحب

الهداية

الهداية بقي في تصنيف الكتاب ثلاث عشرة سنة وكان صائما في تلك المدة لا يفطر أصلا وكان يجتهد أن
لا يطلع على صومه أحد فإذا أتى خادم بطعام كان يقول له خله وروح فإذا راح كان يطعمه أحد الطلبة أو
غيرهم فكان ببركة زهده وورعه كتابه مباركا مقبولا بين العلماء **كتاب**

الطهارات الكتاب والكتابة في اللغة جمع الحروف والكتاب قد يعرف بأنه طائفة من المسائل
الفقهية احتراز عن غيرها **وقوله** اعتبرت مستقلة أي مع قطع النظر عن تبعيتها للغير أو تبعية غيرها
إياها ليدخل فيه هذا الكتاب فإنه تابع للصلاة ويدخل كتاب الصلاة فإنه مستتبع للطهارة وقد اعتبرا
مستقلين أما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح وأما كتاب الصلاة فلكونه المقصود الأصلي وظهر من هذا
أن اعتبار الاستقلال قد يكون لانقطاعه عن غيره ذاتا ككتاب اللقطة عن كتاب الإباق وكتاب المفقود
وانقطاعهما عن الصلاة والزكاة وقد يكون لمعنى يورث ذلك كانقطاع الصرف وانقطاعهما عن
البيوع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الطهارة كما ذكرنا **وقوله** شملت أنواعا أو لم تشمل
لدفع قول من يقول الكتاب اسم جنس يدخل تحته أنواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع
يشتمل على أشخاص تسمى فصولا فإن الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون فإن اللقطة من الكتب ما لم يذكر
لا باب ولا فصل ككتاب اللقطة واللقيط والإباق وغيرها على ما سيأتي فلو لم يذكر ذلك لربما
توهم ذلك فذكره دفعا لذلك والطهارة في اللغة ظاهرة وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل المزيل
الحدث أو الخبث عما تعلق به الصلاة والمراد أعم من أن يكون طبعا أو شرعا وكلمة أو ليست مانعة الجمع
فلا يفيد بها الحد **وقوله** عما يتعلق به الصلاة ليتناول المكان فإن طهارته شرط على ما سيأتي وركنها استعمال
المزيل وشرط وجوبها الحدث أو الخبث وسببها وجوب الصلاة لا وجودها مشروط بها فكان متأخرا عنها
والمتأخر لا يكون سببا للمتقدم وحكمها إباحة الصلاة وما يضاهيها مما قامت به وإنما جمع الطهارات
نظرا إلى أنواعها ولا يشكل بالصلاة والزكاة لأن الإتيان بالجمع في مثله أحد الجائزين فلا يرد تركه نقضا
ووجه تخصيص الطهارة بذلك أن أنواعها أحق بالتنبيه عليها لتفاوتها من حيث الحقيقة والحكم والخفة
والغلظ بخلاف أنواع الصلاة والزكاة ولا يشكل بصلاة الجنازة لأنها دعاء وإنما ابتدأ بكتاب الطهارة لأنها مفتاح الصلاة
التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الإيمان على كل عبادة **قال** رحمه الله **قال** الله تعالى
يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة تبرك المصنف رحمه الله بنقل الآية الدالة على فرضية الوضوء
على حكمها وإن كان الفاضل في الدعاوي تقديم المدعى ومعنى قوله إذا قمتم إذا أردتم القيام من باب
ذكر المسبب وإرادة السبب الخاص فإن الفعل الاختياري لا يوجد بدون الإرادة وذلك مجاز شائع كما عرف
في موضعه وليس في هذا الموضع التفات كما توهمه بعض الشارحين وظاهر الآية يقتضي وجوب الوضوء على
قائم إلى الصلاة وهو مذهب أهل الظاهر محدثا كان أو غيره والجمهور على خلافه فالمعنى إذا قمتم إلى
الصلاة وأنتم محدثون لئلا يلزم تفويت المقصود الأصلي بالاشتغال بمقدمات فإنه لو كان الأمر كما ذكروا كان
كل من جلس يتوضأ لزمه إذا قام إلى الصلاة وضوء آخر وفي ذلك تفويت بالاشتغال بالوضوء ولأن الحدث شرط
وجوب الوضوء بدلالة النص فإنه ذكر التيمم في قوله وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط
إلى قوله فتيمموا صعيدا طيبا مقرونا بذكر الحدث وهو بدل على الوضوء والنص في البدل نص في الأصل وإنما
أضمر قوله وأنتم محدثون كراهة أن يفتتح آية الطهارة بذكر الحدث كما قال هدى للمتقين ولم يقل هدى
للضالين الصائرين إلى التقوى بعد الضلال كراهة أن يفتتح أولى الزهراوين بذكر الضلالة واعترض على الأول
بأن الجلوس في الوضوء ليس بواجب فلا يتم ما ذكرتم وعلى الثاني بأن الآية بعبارتها تدل على وجوب الوضوء على كل
قائم وآية التيمم تدل بدلالتها على وجوبه على المحدثين والعبارة قاضية على الدلالة كما عرف والجواب

عن الاول سلمنا أن الجلوس في الوضوء غير واجب لكن خلاف ما ذكرنا يفضي الى وجوب القيام للوضوء ابتداء لارادة
الصلاة لا تتحقق اذ ذاك الا اذا توضأ قائما وذلك باطل بالاجماع وما يفضي الى الباطل باطل واذا ثبت هذا ظهر ان
ظاهر الآية غير مراد فلا تقتضي عبارته الوضوء على كل قائم فتسلم الدلالة عن المعارض ويسقط السؤال الثاني واعترض
بان الاستدلال بالدلالة فاسد هاهنا لانها تدل على اشتراط وجوب التيمم بوجود الحدث والتيمم بدل ويجوز
ان يخالف البدل الاصل في الشرط فانه خالفه في اشتراط النية وهي شرط الاخالة الاصل في شرط السبب فان ارادة القيام
الى الصلاة يشترط الحدث سبب لوجوب التيمم والبدل لا يخالف الاصل في سببه وما ذكرتم ليس شرط السبب فان
ارادة القيام الى الصلاة يشترط فيه التيمم ليست سبب له وانما النية شرط صحة التيمم لا شرط سببه **قال**
ففرض الطهارة الفاء للتعقيب دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل والفرض بمعنى المفروض والمراد بالطهارة الوضوء
والاضافة للبيان وانما فسر الغسل والمسح مع ظهور معناهما اشارة الى دفع ما يذهب اليه الشافعي من تكرار مسح الرأس على
ما سيجيء والى ان البلل بالماء في المغسولات لا يسقط الفرض كما روي عن ابي يوسف وقصاص الشعر منتهاه وغايته في الرأس
وفي القاف ثلاث لغات والضم اعلاها **قال** وهو مشتق منها اعترض عليه بان اللائق لا يكون مشتقا
من المشتقة وليس بشيء لان ذلك في الاشتقاق الصغير واما في الاشتقاق الكبير وهو ان يكون بين كلمتين تناسب
في اللفظ والمعنى فهو جائز والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا وقال زفر لا يدخل لان الغاية لا تدخل تحت المغيا
كالليل في الصوم وهذا الذي ذكره المصنف لزفر خلاف ما ذكر له في كتب الاصول فان المذكور له فيها تعارض الاشتباه
وهو ان من الغاية ما يدخل كقوله قرأت القرآن من اوله الى آخره ومنها ما لا يدخل كما في قوله وان كان ذو عسرة
فنظرة الى ميسرة **وقوله** ثم اتموا الصيام الى الليل وهذه الغاية اعني المرافق تشبه كلا منهما فلا تدخل بالشك
وتاويل كلام المصنف رحمه الله ان هذه الغاية اعني المرافق لا تدخل بمعارض الاشتباه كما لم تدخل في قوله الى الليل
ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها والفاصل بينهما حال صدر الكلام فان كان متناولا لما وراءها كانت للثاني
والا فللاول وما نحن فيه من الثاني لان ذكر اليد يتناول الآباط بدليل ان الصحابة رضي الله عنهم وهم اهل اللسان
فهموا ذلك من آية التيمم فبقي المرافق داخلة في الوضوء بخلاف ذكر الصوم فانه يتناول الامساك ساعة فكانت كلمة
الحكم اليها فبقي الليل خارجا والكعب هو العظم الناتي لنت والسوق الارتفاع **وقوله** هو الصحيح احتراز عما
رواه هشام عن محمد انه قال هو المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك قال لان الكعب اسم للمفصل
ومنه كعوب الرمح والذي في وسط القدم مفصل وهو المتيقن به وهذا يصح في المحرم اذا لم يجد نعلين فانه يقطع
خفيه اسفل من الكعبين واما في الطهارة فلا شك انه العظم الناتي المتصل بعظم الساق ومنه الكاعب الجارية
التي يبدو ثدياها للنهود **قوله** والمفروض في مسح الرأس المقدار على جهة الفرضية مقدار الناصية
وهو ربع الرأس وهو كما ترى يشير الى انه يجوز من اي جانب كان واستدل على ذلك بقوله لما روى المغيرة ابن
شعبة ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه ولم يقتصر على ايراد الحديث
بقوله ومسح على ناصيته مع حصول المقصود به لان نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب صحته وكادته فقيل هو
حديث واحد وقيل حديثان جمع القدوري بينهما فان الحديث الذي ذكر فيه السباطة لم يذكر فيه المسح على الناصية والذي
ذكر فيه المسح عليها لم يذكر فيه السباطة والسباطة الكناسة من باب ذكر المحل وارادة الحال **وقوله** والكتاب مجمل
فالتحق بيانا به جواب عما يقال حديث المغيرة خبر واحد لا يزاد به على الكتاب ووجهه انه ليس من باب الزيادة على الكتاب
بل الكتاب ليس مجمل فالتحق الخبر بيانا به ويجوز ان يقع خبر الواحد بيانا لمجمل الكتاب وفيه بحث وهو انا لا نسلم ان الكتاب
مجمل لان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل والعمل بهذا النص ممكن بحمله على الاقل لتيقنه سلمنا انه مجمل
والخبر بيان له ولكن الدليل اخص من المدلول فان الحديث اول مقدار الناصية وهو ربع الرأس والدليل يدل على
تعين الناصية ومثله لا يفيد المطلوب سلمناه ولكن لا نسلم ان مقدار الناصية فرض لان الفرض ما ثبت بدليل قطعي

وخبر الواحد

وخبر الواحد لا يفيد القطع له سلمناه ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد منتف فينتفي الملزوم **ه** والجواب اما الاول
ان العمل به قبل البيان ممكن **قوله** بحمله على الاقل قلنا لا اقل من شعرة والمسح عليها لا يمكن الا بزيادة عليها
وما لا يمكن الفرض الا به فهو فرض والزيادة غير معلومة فتحقق الاجمال في المقدار والبيان انما يكون لما فيه الاجمال
فكان الناصية لا لمحل المسمى ناصية اذ لا اجمال في المحل فكان من باب ذكر الخاص وارادة العام وهو مجاز سائغ
فكانا متساويين في العموم والاصل ان خبر الواحد اذا لحق بيانا للمجمل كان الحكم بعده مضافا الى المجمل دون البيان
والمجمل من الكتاب والكتاب دليل قطعي ولا نسلم انتفاء اللازم لان الجاحد من لا يكون مأولا وموجب الاقل والا
والاستيعاب مأول يعتمد شبهة قوية وقوة الشبهة تمنع التكفير من الجانبين الا ترى ان اهل البدع لم يكفروا بما
منعوا مما دل عليه الدليل القطعي في نظر اهل السنة لتأويلهم واذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعي في التقدير
بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراطه الاستيعاب **قوله** وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا
بثلاث اصابع لانها اكثر ما هو الاصل في آلة المسح وهو الاصابع قيل هو ظاهر الرواية لكونها المذكورة في الاصل فكان
ينبغي ان يقول على ظاهر الرواية وعلى هذه الرواية لو وضع الاصابع ولم يمدها جاز بخلاف الاولى **قال**
وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء لما فرغ من بيان فرائض الوضوء بين سننه والسنة هي
الطريقة المسلوكة في الدين وحكمها ان يثاب على الفعل ويستحق اللائمة بالترك لا غير وسنن الطهارة اي
الوضوء والاضافة للبيان وانما جمع دون الفرض لان الفرض في الاصل مصدر فروعي واستغنى عن الجمع للافادة
السنة وذكر الاناء وقع على عادتهم فانهم كانوا يتوضؤن من الاتوار وطريق غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء
ان يأخذ الاناء بشماله ان كان صغيرا ان كان معه فيصبه بشماله على يمينه والا يدخل اصابع يده اليسرى مضمومة
دون الكف ويصب على يمينه فيغسلها ثلاثا ثم يدخل اليمنى **وقوله** اذا استيقظ المتوضئ نقل عن شمس الائمة
الكردري انه شرط حتى انه اذا لم يستيقظ لا يسن غسلهما وقيل هو شرط اتفاقي خص المصنف غسلهما بالمستيقظ
تبركا بلفظ الحديث والسنة تشمل المستيقظ وغيره وعليه الاكثرون ووجه التمسك بالحديث ان الوضوء واجب
وقد لا يتوصل اليه الا بالغمس والغمس حرام فحتى يغسل اليد ثلاثا فيكون الغسل والغمس واجبين لان ما لا يتم
الواجب الا به فهو واجب لكن ترك الوجوب الى السنة في الغسل لانه صلى الله عليه وسلم علل بتوهم النجاسة
وتوهمها لا يوجب النجس الموجب للغسل فكان دليلا على التورع والاحتياط **وقوله** ولان اليد آلة التطهير
فتسن البداءة بتنظيفها على انها لا يتم الواجب الا به فهو واجب لكنه ترك لان طهارة العضو حقيقة وحكما تدل على عدم
الوجوب والرسغ منتهى الكف عند المفصل **وقوله** وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء **قال** الطحاوي
هو ان يقول بسم الله العظيم والحمد لله على الاسلام وهو المنقول عن السلف وقيل لا وضوء لمن لم يسم
وجه ذلك ان نفي الجنس بحقيقته يقتضي ان لا يكون وضوء الا بالتسمية واليه ذهب اصحاب الظواهر واحمد
وجعلوا التسمية من شروط الوضوء لكنا قلنا ان المراد به نفي الفضيلة لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به **ه** فان
قيل حينئذ كان كقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وهو افاد الوجوب **ه** اجيب بان خبر الفاتحة
مشهور دونه والحكم يثبت بقدر دليله وليس بشيء لانه لو كان ذلك لجازت به الزيادة على الكتاب وليس كذلك وبان
النبي صلى الله عليه وسلم واظب على الفاتحة في الصلاة من غير ترك دون التسمية فانه روي ان مهاجر بن قنفذ
سلم على رسول الله صلى الله عليه فلم يرد عليه حتى فرغ من وضوءه فقال صلى الله عليه وسلم انه لم يمنعني ان
ارد عليك الا اني كرهت ان اذكر الله الا على طهارة وربما تمسك به مالك رحمه الله وانكر التسمية في اول الوضوء
فقال اتريد ان تذبح اشارة الى ان التسمية في الذبيحة دون الوضوء وذلك كما ترى يدل على انه صلى الله عليه وسلم
توضأ قبل ان يذكر الله وكونها سنة مختار الطحاوي والقدوري والاصح ان التسمية مستحبة وان سماها في الكتاب
يعني القدوري سنة لما ذكرنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليها وروي ان عثمان وعليا رضي الله عنهما

حكاية وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم كل امر ذي بال لم يبدأ باسم الله فهو ابتر ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح دون
ما قيل يسمي قبل الاستنجاء لما انه من سنن الوضوء فيسمي قبله ليقع جميع افعال الوضوء فرضها وسننها بالتسمية
وما قيل يسمي بعد الاستنجاء لان قبله حال كشف العورة وذكر الله حال كشف العورة غير مستحب وانما كان ذلك هو الصحيح
لان قوله صلى الله عليه وسلم كل امر ذي بال لم يبدأ بذكر الله يستدعي التسمية في ابتداء الوضوء والاستنجاء
لما كان ملحقا به من حيث هو طهارة استحب ان يبدأ بها وقوله والسواك اي استعماله حذف المضاف لان من الالة
والسواك اسم لخشبة معينة للاستياك وينبغي ان تكون من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان ويقوي
المعدة ويكون في غلظ الخنصر وطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا لا عند المضمضة لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يواظب عليه وعند فقده كان يعالج بالاصبع والمواظبة مع الترك دليل السنية وبدونه دليل الوجوب وقد دل
على تركه حديث الاعرابي فانه لم ينقل فيه تعليم السواك فلو كان واجبا لعلمه ويستدل بترك التعليم على تركه دفعا
للتعارض فان عدم الترك يدل على الوجوب وترك التعليم على عدمه فكان تدافع وقوله والمضمضة والاستنشاق
لان النبي عليه السلام فعلهما على المواظبة يعني مع الترك والدليل على الترك حديث الاعرابي على الوجه الذي ذكرناه
وما روي عن عائشة رضي الله عنها انها حكت وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تذكر المضمضة والاستنشاق
وانما تعرض لكيفيتهما نفيا لقول الشافعي فان عنده الافضل ان يتمضمض ويستنشق بكف بماء واحد لما روي انه صلى
الله عليه وسلم فعل كذلك ولنا ان الفم والانف عضوان منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد كسائر الاعضاء
وتاويل ما روي انه صلى الله عليه وسلم لم يستعن باليدين كما في غسل الوجه بل استعمل الكف الواحد وقوله ومسح
الاذنين وهو سنة بماء الراس اي لا بماء جديد خلافا للشافعي فانه يقول هو سنة بماء جديد قال في النهاية
انتصاب خلافا جاز ان يكون على المفعول المطلق باضمار فعله اي نقول هذا نخالف خلافا للشافعي او هذا المذكور
في معنى نخالف فكان مصدرا لمؤكد المضمون الجملة كقوله لفلان علي الف درهم عرفا استدل الشافعي رحمه الله
بما روي ابو امامة الباهلي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ لاذنيه ماء جديدا ولنا ما روي ابن عباس
رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح براسه واذنيه بماء واحد وقال الاذنان من الراس ووجه التمسك
ان المراد بقوله الاذنان من الراس اما ان يكون بيان الحقيقة وهو عليه السلام غير مبعوث لذلك على انه مشاهد
لا يحتاج الى بيان الحقيقة او بيان انهما ممسوحان كالراس لا بماء الراس ولا سبيل اليه لان الاشتراك بين الشيئين في
امر لا يوجب كون احدهما من الاخر كالرجل من الوجه لاشتراكهما في الغسل والخف من الراس لاشتراكهما في المسح واما بيان
انهما ممسوحان بماء الراس وذلك يناسب الذكر عند مسح الاذنين بماء واحد فانه اذا كان من ابعاض الراس حكما وحقيقة
جاز ان يمسح بماء واحد فكذا اذا احكم الشرع بذلك فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يجزئ مسحهما عن مسح الراس اجيب
بان كون الاذن من الراس ثبت بخبر الواحد فلا يقع عما ثبت بالكتاب كما ان التوجه الى الحطيم لا يجزئ لان كونه من البيت
ثبت بخبر الواحد والتوجه الى البيت ثابت بالكتاب فلا يجزئ عنه ما ثبت بخبر الواحد بل يلزم نسخ الكتاب به وقوله
وتخليل اللحية لان النبي صلى الله عليه وسلم امره جبريل عليه السلام بذلك قال عليه السلام نزل جبريل عليه السلام وامرني
ان اخلل لحيتي اذا توضأت ووجه التمسك ان الامر للوجوب الا انا تركناه لئلا يلزم الزيادة على الكتاب وفيه نظر لانه انما يلزم
ذلك ان لو افاد الفرضية ولم يقل به احد واما اذا افاد الوجوب فلا مانع عنه كخبر الفاتحة والحق ان الوجوب
يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك فانه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ما روي انه صلى الله عليه وسلم
اخذ كفا من ماء يخلل به لحيته وقال بهذا امرني ربي لم يثبت الامر واحد وعن هذا نقل عنه انه قال مسح اللحية
جائز ليس بسنة ومعنى قوله جائز ان صاحبه لا ينسب الى البدعة وهو المنقول عن محمد رحمه الله كما ذكر
في الكتاب وقوله لان السنة يعني في الوضوء اكمال الفرض في محله والداخل اي داخل اللحية ليس محل الفرض لعدم وجوب
ايصال الماء اليه بالاتفاق واعترض بان المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم ليس محل الفرض في الوضوء

واجيب بان الفم والانف من الوجه من وجه اذ لهما حكم الخارج من وجه والوجه محل الفرض وقوله
خلاف لم يفد الوجوب وان كان مقرونا بالوعيد لان حديث الاعرابي والاخبار التي حكي فيها وضوء رسول الله
صلى الله عليه وسلم من غير ذكر التخليل فيها يصرفه عن افادة الوجوب والوعيد مصروف بما اذا لم يصل الماء
بين الاصابع وقوله لان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة اي غسل كل عضو مرة والمراد بالقبول الجواز
ورتب على الزيادة والنقصان وعيدا وليس على ظاهره فلا بد من تاويل فهو من زاد على اعضاء الوضوء او نقص
عنها او زاد على الحد المحدود او نقص عنه او زاد على الثلث معتقدا ان كمال السنة لا يحصل بالثلث فهو ثلاثة اوجه
وقوله فقد تعدى يرجع الى الزيادة لانه مجاوزة عن الحد وقوله وظلم يرجع الى النقصان قال الله تعالى
ولم تظلم منه شيئا اي لم تنقص وقوله والوعيد لعدم رؤيته سنة اشارة الى اختيار التاويل الثالث
يعني انه اذا زاد لطمانينة القلب عند الشك او بنية وضوء اخر فلا باس به فان الوضوء على الوضوء نور على
نور وقد امر بترك ما يريبه الى ما لا يريبه قال ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة قيل المستحب
ما يثاب على فعله ولا يلام على تركه وقوله فالنية في الوضوء سنة عندنا ينافي ذلك لان السنة ما يثاب على
فعله ويلام على تركه والظاهر ان الاول اختيار القدوري والثاني اختيار المصنف وتفسير النية في الوضوء هو
ان ينوي ازالة الحدث او اقامة الصلاة وهي فرض عند الشافعي رحمه الله قال لانها عبادة اذ العبادة فعل ياتي به
المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والوضوء كذلك وكل ما هو عبادة لا يصح بدون النية لقوله تعالى
وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين والاخلاص لا يحصل الا بالنية وقد جعله حالا للعابدين والاحوال شروط
فيكون كل عبادة مشروطة بالنية وقاسه على التيمم في كونهما طهارتين للصلاة ولنا القول بموجب العلة يعني
سلمنا ان الوضوء لا يقع عبادة الا بالنية لكن ليس كلامنا في ذلك وانما هو في ان استعمال الماء المطهر في اعضاء
الوضوء هل يوجب الطهارة بدون النية حتى يكون مفتاحا للصلاة او لا مدخل لكونه عبادة في ذلك ويتفق
ذلك بدونها لان اعضاء الوضوء محكوم بنجاستها في حق الصلاة ضرورة الامر بتطهيرها والماء طهور بطبعه
فاذا لاقى النجس طهره قصد المستعمل ذلك او لا كالثوب النجس وكما في حق الاواني بخلاف التيمم فان التراب لم
يعقل مطهرا طبعا فلم يبق فيه الا معنى التعبد ولا تعبد بدون النية فان قيل في الوضوء مسح والمسح لم يعقل
مطهرا طبعا فيحتاج الى النية اجيب بان مسح الراس ملحق بالغسل لقيامه وانتقاله اليه بضرورة دفع الحرج وبه
او هو ينبئ عن القصد فلا يتحقق بدون القصد اي النية وفيه نظر لانه ينبئ عن القصد لغة والقصد الذي
هو النية انما هو قصد خاص وهو قصد اباحة الصلاة والاعم لا دلالة له على الاخص ولان الاول مدلول
اللفظ والثاني فعل القلب ولا دلالة لاحدهما على الاخر وقوله ويستوعب راسه بالمسح اي يستحب ان يستوعب
على ما اختاره القدوري وقوله وهو سنة يعني على اختياره وصفة الاستيعاب ان يبل يديه ويضع بطون
ثلث اصابع من كل كف على مقدم الراس ويعزل السبابتين والابهامين ويجافي الكفين ويجرهما الى مؤخر الراس
ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرهما الى مقدم الراس ويمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين
بباطن السبابتين ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا هكذا روت عائشة رضي الله
عنها مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة لانه ركن في الوضوء
فكان التثليث فيه سنة كغسل الوجه واليدين والرجلين ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح راسه
مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد روي عن عثمان وعلي ومعاذ وابن عباس
والبراء وابي امامة الباهلي مثل ذلك قال الترمذي والعمل عليه عند اكثر اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم ومن بعدهم وقد روي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما انهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم
فغسلا ثلثا ثلثا ومسحا ثلاثا قلنا المشهور عنهما ما رويناه اولا قال المصنف والذي يروى فيه من التثليث

يريد بذلك نفي ما نقل من روايته محمول عنه أي على التثليث بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبي حنيفة
رحمه الله ذكر الحسن في المجرد عن أبي حنيفة أنه إذا مسح ثلاثا بماء واحد كان مسنونا. فإن قيل قد صار البلل مستعملا
بالمرة الأولى فكيف يسن إمراره ثانيا وثالثا. أجيب بأنه يأخذ حكم الاستعمال لإقامة فرض آخر لا لإقامة السنة
لأنها تبع للفرض ألا ترى أن الاستيعاب يسن بماء واحد. قوله ولأن المفروض هو المسح دليل آخر وتقريره
المفروض هو المسح والمسح يصير بالتكرار غسلا فلا يكون المفروض هو الغسل وهو خلاف الكتاب والسنة والإجماع فلا يكون
التكرار مسنونا لأن السنة في الوضوء إكمال الفرض في محله لا نقله من كونه مسحا إلى كونه غسلا. قوله وصار كمسح الخف
تقريره مسح الرأس مسح في الوضوء وكل ما هو مسح في الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف. قوله بخلاف الغسل متصل بقوله وبالتكرار
يصير غسلا ومعناه أن المسح يفسده التكرار بخلاف الغسل فإنه لا يفسده التكرار بخلاف الغسل فإنه لا يفسده فكان قياس
الشافعي الممسوح على المغسول فاسدا. **قال** ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله بذكره. ويرتب معطوف
على قوله ويستوعب والكلام في كونه مستحبا أو سنة كما تقدم. **قوله** فيبدأ بيان الترتيب قال الشافعي رحمه الله
الترتيب في الوضوء فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الآية ووجه الاستدلال أن الفاء للتعقيب
والتعقيب يدل على الترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام إلى الصلاة وإذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره
لأنه معطوف على المرتب والمعطوف مرتب أو لعدم القائل بالفصل ولنا أن المذكور في الآية حرف الواو وبعضه
الفاء والواو لمطلق الجمع بإجماع أهل اللغة والفاء دخل على هذه الجملة التي لا ترتيب فيها فيقتضي إعقاب غسل
جملة غير مرتبة فيفيد تعقيبها للقيام إلى الصلاة ونحن نقول به وليس الكلام فيه وإنما الكلام في ترتيب الأعضاء
والداخل فيها الواو وهو لا يفيد الترتيب. فإن قيل كيف ادعى المصنف رحمه الله إجماع أهل اللغة وفيهم
من يقول إنه يفيد الترتيب ومنهم من يقول يفيد القران. أجيب بأن أبا علي الفارسي ذكر أن النحاة أجمعوا أن
الواو للجمع المطلق ذكره سيبويه في سبعة عشر موضعا في كتابه فاعتمد المصنف على ذلك وبأن خلاف
القليل لا يمنع الإجماع اللغوي. **وقوله** والبداءة بالميامن فضيلة أي مستحبة والميامن جمع ميمنة خلاف
الميسرة وذكر في المغرب أن البداية بالياء عامية والصواب بداءة وقوله صلى الله عليه وسلم يحب التيامن
في كل شيء حتى التنعل والترجل التنعل لبس النعلين والترجل تسريح شعر الرأس.

فصل في نواقض الوضوء

لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسنته ومستحبه بدأ بما ينافيه من العوارض إذ
العوارض إنما تكون متأخرا عن المعروض ويعرف الفصل بأنه طائفة من المسائل الفقهية تغيرت أحكامها بالنسبة
إلى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب والنواقض جمع ناقضة والنقض متى أضيف إلى الأجسام يراد به إبطال
تأليفها ومتى أضيف إلى المعاني يراد به إخراجه عما هو المطلوب به والمطلوب هنا من الوضوء استباحة
الصلاة والمعاني الناقضة أي العلل المؤثرة في إخراج الوضوء عما هو المطلوب به كل ما يخرج من السبيلين
أي خروج كل ما يخرج من السبيلين يعني القبل والدبر والذكر وإنما قدرنا المضاف تصحيحا للحمل فإن حمل الذات
على المعنى غير صحيح وإنما عبر عن العلل بالمعاني اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في قوله لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى
معان ثلاث واحترازا عن عبارة الفلاسفة فإن المتقدمين استنكفوا عن ذلك إلا أن المتأخرين استعملوه
تبعا من بعد. فإن قيل الكلية منتقضة بالريح الخارج من القبل والذكر فإن الوضوء لا ينتقض به في أصح
الروايتين. أجيب بأنه مخصوص من العموم لأن الريح لا ينبعث من الذكر وإنما هو اختلاج والقبل محل الوطء
ليس فيه نجاسة تنجس الريح بالمرور عليها وهو في نفسه طاهر عند المصنف على ما يجيء ووجه الاستدلال بقوله تعالى
أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط هو المكان المطمئن من الأرض ينتهي إليه الإنسان عند إرادة قضاء الحاجة تسترا
أن الله تعالى رتب وجوب التيمم على المجيء من الغائط حال عدم الماء وهو لازم لخروج النجس فكان كناية عن الحدث
لكونه ذكر اللازم وإرادة الملزوم ورتب ذلك على العلة وإذا ثبت ذلك في التيمم ثبت في الوضوء لما ذكرنا

أن البدن

أن البدن لا يخالف الأعضاء في السبب لا تفاقا قد تقدم أن الحدث شرط للوضوء فكيف يكون علة لنقضه لأنه علة
لنقض ما كان وشرط لوجوب ما سيكون ولا تنافي بينهما. **وقوله** وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره نفي لقول
مالك فإنه يقول لا وضوء لما يخرج نادرا كالحصاة والدودة ودم الاستحاضة متمسكا بأن الله تعالى كنى من الغائط على
الوجه المتقدم عن قضاء الحاجة المعتادة فلا يكون غيرها ناقضا فلنا التقليد بالدليل في مقابلة ما يدل على خلافه
وهو عموم كلمة ما. **قال** والدم والقيح إذا خرجا من البدن. خروج النجس من بدن الإنسان الحي
ينقض الطهارة كيف ما كان عندنا وهو مذهب العشرة المبشرة وابن مسعود وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري
وأبي الدرداء وصدور التابعين رضي الله عنهم وقيد بالخروج لأن نفس النجاسة غير ناقضة ما لم توصف بالخروج
وإلا لما حصلت الطهارة لشخص ما والمراد بالبدن بدن الحي لما ذكرنا فإنها إن خرجت من بدن الميت بعد غسله لا يوجب
إعادة غسله بل يوجب غسل ذلك الموضع على ما سيأتي وشرط التجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير احترازا عما
بدا ولم يخرج ولم يتجاوز فإنه لا يسمى خارجا فكان تفسيرا للخروج وردا لما ظن زفر رحمه الله أن البادي خارج حتى
أورد ما لم يسل نقضا في قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء. **وقوله** يلحقه حكم التطهير أي يلحقه حكم هو
التطهير والمراد أن يجب تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الرأس إلى قصبة الأنف انتقض الوضوء بخلاف
البول إذا نزل إلى قصبة الذكر ولم يظهر لأن النجاسة هناك لم تصل إلى موضع يلحقه حكم التطهير وفي الأنف وصلت
إلى ذلك إذ الاستنشاق في الجنابة فرض. وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قاء فلم يتوضأ ولأن غسل غير موضع الإصابة أمر تعبدي أي أمر تعبدنا به أي كلفنا الله به من غير معنى يعقل إذ
العقل إنما يقتضي وجوب غسل موضع إصابة النجاسة فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد والياء في تعبدي
يجوز أن تكون للنسبة ويجوز أن تكون للمبالغة كأحمري في أحمر ويجوز أن يكون معناه أمر تعبدي لأن القياس يقتضي
وجوب غسل كل الأعضاء كما في المني بل بطريق الأولى لأن الغائط أنجس من المني للاختلاف في نجاسته دون الغائط فالاقتصار
على الأعضاء الأربعة تعبدي ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الوضوء من كل دم سائل أخرجه الدارقطني ووجه الاستدلال
أن مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله في خمس من الإبل شاة والاختلاف في فرضيته وقوله عليه السلام الماء
من الماء والاختلاف في وجوب الغسل بسبب خروج المني فكان معناه توضؤوا من كل دم سائل عن البدن وإنما عبر عنه بلفظ
الخبر لكونه آكد في الدلالة على الوجوب كأنه أمر فامتثل أمره فأخبر عن ذلك وهو إنما يكون إيجابا فإن الآمر
إذا كان ممن لا يكذب في كلامه يعبر عن مطلوبه بلفظ الخبر تأكيدا للطلب لأن في تركه تكذيبا له وهو ممن لا يكذب
على ما عرف في موضعه. فإن قيل سلمناه لكن يجوز أن يكون المراد به الوضوء اللغوي. قلنا ذلك مجاز شرعي ولا يترك
الحقيقة الشرعية في كلام الشارع بلا دليل وقوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف
وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم رواه ابن أبي مليكة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم
ذكره الرازي في شرح الطحاوي يقال رعف إذا سال رعافه قال المطرزي وفتح العين هو الفصيح ووجه التمسك
به من أوجه أحدها الأمر بالانصراف وهو إبطال العمل المنهي عنه المفضي إلى البناء فضل الحمل على الشرع.
فإن قيل جاز أن يكون الأمر بالانصراف لإزالة نجاسة أصابت ثوبه أو بدنه من الرعاف. أجيب بأن الأمر بالبناء
يأباه فإن البناء إذ ذاك غير جائز بالاتفاق والثاني الأمر بالوضوء والأمر للوجوب وإرادة الوضوء اللغوي
مدفوعة بما تقدم في الحديث الأول لا يقال وقع في الشرع ذلك إذا غسل فمه بعد الأكل فقيل لا يتوضأ
وضوءك للصلاة فقال عليه السلام هكذا الوضوء من الأكل لأن ذلك بقرينة فإنه عليه السلام قال ذلك بطريق
المشاكلة لقول السائل لا نتوضأ وضوءك للصلاة والثالث أنه أمر بالبناء وأدناه للإباحة ولا إباحة للبناء بعد
العمل الكثير إلا بعد انتقاض الطهارة بالاتفاق لأن قال البناء غير واجب بالاتفاق فكان إما عطف عليه لأن
القرآن في النظم لا يوجب القران في الحكم ألا ترى إلى قوله تعالى كلوا من رزق ربكم واشكروا له فإن الأمر الأول

للاباحة والثاني للوجوب واذا جاز ذلك فعكسه أولى لانه اتباع الضعيف للقوي. قوله ولان خروج النجاسة
اثبات صفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس والمصنف رحمه الله اظهر عن حل تقعيد مع وجازة
اللفظ وبيانه على وجه واضح يحتاج الى ذكر الاصل والفرع وشروط القياس فلا علينا ان نذكر ذلك اجمالا لا نقول
القياس ابانة مثل حكم احد المذكورين بمثل علته في الآخر فالمذكور الاول هو الاصل والثاني هو الفرع
وشروطه ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه بنص آخر كشهادة خزيمة وان لا يكون معدولا به عن القياس كبقاء
الصوم مع الاكل ناسيا وان يتعدى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه واما معرفة
تفاصيل ما يحترز عنه بكل قيد من القيود فموضعه اصول الفقه اذا عرفت هذا فنقول فاما الاصل فيما نحن فيه
فهو الخارج من السبيلين اعني الغائط وهو يشتمل على معنى معقول وهو ان لخروج النجاسة اثرا في زوال الطهارة
عن الخروج لاتصافه بضد الطهارة وهو التلوث بالنجاسة وعن سائر البدن باعتبار ان المتصف بالحدث لا يقبل
التجزي وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة واما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين
وذلك لان علماءنا رحمهم الله اعتبروا فاستنبطوا ان الخارج من السبيلين كان حدثا لكونه نجسا خارجا من بدن الانسان
من قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط الآية وهو نص معلول بذلك الوصف لظهور اثره في جنس الحكم
المعلل به وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحائض والنفاس ووجد ذلك في الخارج من غير السبيلين
فعدوا الحكم الاول اليه ونعدي الحكم الثاني وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة ايضا ضرورة تعدي الاول لانه لو لم
يتعد اليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس. فان قيل التغير واقع لان مجرد الخروج مؤثر في الاصل
واعتبر في الفرع السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير. اجاب المصنف بقوله غير ان الخروج يتحقق
بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم الى آخره. فان قيل قد ذكرتم ان من شروط القياس ان لا يكون
الاصل مخصوصا بحكمه بنص آخر ولا نسلم وجوده في محل النزاع لما روي انه صلى الله عليه وسلم قاء فلم يتوضأ
فانه يدل على ان قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط مخصوص بحكمه وهو نقض الطهارة. فالجواب ان ذلك محمول
على القليل كما ذكره في الكتاب ويجاب عما لو قيل ومن شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه وقد ورد فيه
حديثان بان ذلك الشرط ليس بمتفق فجاز ان يكون اختيار المصنف خلافه وللقائل ان يقول قد ذكرتم ان
الاصل يشتمل على معنى معقول ومعنى غير معقول وعديتم غير المعقول تبعا له في ذلك. والجواب
من وجهين احدهما ان الاول معقول لما ذكرنا ومشروع لاعتبار الشرع حدثا والثاني مشروع فقط
فجعله تابعا للاول اولى من عكسه لا محالة والثاني ان الشرع لما اعتبر الاول حدثا استلزم الطهارة عند
تكرره وفي غسل جميع البدن كلما وجد حرج فاقتصر على الاعضاء الظاهرة تيسيرا علينا فكان الثاني
من ضرورات الاول فكان تابعا له. ويعرف ملء الفم بما ذكر في الكتاب وهو رواية الحسن بن زياد وقيل ان
يمنع من الكلام فهو ملؤه والا فلا وفرق بين الملء وغيره لان الفم تجاذب فيه دليلان احدهما يقتضي كونه
ظاهرا والآخر يقتضي كونه باطنا حقيقة وحكما اما الحقيقة فلانه اذا فتح فاه يظهر واذا ضمه يبطن
واما الحكم فلان الصائم اذا اخذ الماء بفيه ثم مجه اذا فتح فاه يظهر واذا ضمه لم يفسد صومه كما اذا سال
الماء على ظاهر جلده فكان ظاهرا واذا ابتلع ريقه لا يفسد صومه ايضا كما اذا انتقل من زاوية بطنه الى
اخرى فكان باطنا فوفرنا على الدليلين حكمهما فقلنا اذا كثر ينقض لانه يخرج غالبا حيث لا يقدر الانسان
على ضبطه الا بكلفة فاعتبر خارجا واذا قل لا ينقض لانه يصير تبعا للريق واليه اشار بقوله لانه يخرج ظاهرا فاعتبر
خارجا. فان قيل عرف المصنف رحمه الله ملء الفم ثم استدل عليه والتعريفات لا يستدل عليها
فالجواب ان قوله لانه يخرج ظاهرا ليس دليلا لقوله وملء الفم ان يكون بحال الى آخره بل هو دليل لقوله وبملء الفم
في القيء قال وقال زفر رحمه الله لما كان الخارج من غير السبيلين حدثا بما دل عليه من الدليل وجب ان يستوي فيه القليل

والكثير

والكثير كالخارج من السبيلين وهو قياس ظاهر ولقوله صلى الله عليه وسلم القلس حدث رواه سوار بن مصعب
عن زيد بن علي عن بعض ابائه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
ووجه الاستدلال بالقياس على الاستدلال بالحديث لان الخصم مقر بصحة القياس لا نزاع له فيها فكان اقطع
في الالزام ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا
اي ليس في القطرة والقطرتين بالقوة من الدم وضوء لكن اذا سال الدم ففيه الوضوء وحاصل معناه لا وضوء
في الدم القليل لكن في الكثير وضوء وهو السائل فالاستثناء منقطع لان الحقيقة ليست بمرادة لحصولها بعد
السيلان والمجاز هو القليل لا يتناول السائل فلا يكون متصلا. فان قيل لا نسلم ان الحقيقة ليست بمرادة لجواز
ان يكون المراد منه قطر الدم من رأس الجرح من غير ان يسيل الى موضع يلحقه حكم التطهير. فالجواب ان هذا المنع
لا يضرنا لان الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعا وهو ظاهر. قوله وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث
جملة او دسعة اي دفعة من القيء استدلال بالاثر والظاهر انه قاله سماعا من النبي صلى الله عليه وسلم فصار
قوله كقوله عليه السلام. قوله واذا تعارضت الاخبار يعني ان الاصل في الدليلين المتعارضين ان يعمل بهما
ان امكن والا يرجح احدهما ان امكن وان لم يمكن يتهاتران فيصار الى القياس وان تعارض القياسان يعمل المجتهد
بايهما شاء وفي مسالتنا هذه تعارض ما رواه الشافعي من قوله عليه السلام قاء فلم يتوضأ وما رواه زفر من قوله
القلس حدث والعمل بهما ممكن بحمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه زفر على الكثير وذلك لان القيء ملء
الفم من كثرة الاكل ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان عن ذلك بمعزل. قوله والفرق بين المسلكين اي الجرح
المعتاد وغيره هو ان زفر اعتبر غير المعتاد بالمعتاد وقد بيناه عند قوله غير ان الخروج الى آخره فلا نعيده ولو قاء
متفرقا بحيث لو جمع لملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس لانه اثر في جمع المتفرقات ولهذا اتحد الاقوال المتفرقة
في النكاح والبيع وسائر العقود باتحاد المجلس وكذا التلاوات المتعددة لاية السجدة تتحد باتحاد المجلس وعند محمد يعتبر اتحاد
السبب وهو الغثيان لان الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب من الصحة والفساد فيتحد باتحاده الا ترى انه اذا جرح جراحات
ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البرء اختلف وتفسير الاتحاد في الغثيان ان يقيء ثانيا قبل سكون النفس عن الغثيان
الاول فان سكنت ثم قاء فهو حدث جديد ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو يروي عن
ابن عمر رضي الله عنهما ذكره في جامع الكردري وهو الصحيح وهو اختيار بعض مشايخنا اختاره المصنف واحترز
بقوله هو الصحيح عن قول محمد فانه نجس عنده واختاره بعض المشايخ احتياطا وفائدته تظهر فيما اذا اخذ بقطنة
والقاه في الماء لا ينجس الماء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقول ابي يوسف ارفق خصوصا في حق اصحاب القروح
ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة ومعناه ان الخارج النجس
من بدن الحي يستلزم كونه حدثا فاذا لم يكن حدثا فقد انتفى اللازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وفي كلامه
نظر من وجهين احدهما ان الضمير في قوله لانه راجع الى ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما لانه ليس بحدث وهو مصادرة
على المطلوب مرتين والثاني انه لا يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لان عدم النقض يجوز ان يكون لكونه
غير خارج لا لكونه غير نجس فان علة النقض ذات وصفين وصف الخروج ووصف النجاسة فيجوز ان يكون انتفاؤه
لكونه غير خارج دون انتفاء الوصف الآخر. والجواب عن الاول ان تقدير كلامه هكذا ان ما لا يكون حدثا لا يكون
نجسا لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما. قوله حكما اشارة الى ان النجس هو ما حكم الشرع بنجاسته والشرع لم
يحكم بنجاسته لان حكمه بالنجاسة يستلزم كونه حدثا وليس بحدث لما دل عليه من الدليل فلا يكون نجسا وعن الثاني
بان غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في محله فان من صلى وهو حامل محدثا او بيضة حال محها دما جازت صلاته
فكان انتفاء الخروج مستلزما لانتفاء النجاسة ونوقض بدم الاستحاضة والجرح السائل فانه ليس بحدث وهو
نجس واجيب بانا لا نسلم انه ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر اثره حتى يخرج الوقت. قوله وهذا اي الدم

ذكرنا اي من انتقاض الطهارة بملاء الفم اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما يعني صرفا لا يشوبه طعام فان قاء ما
اذا نزل من الراس او ارتقى من الجوف والاول غير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة وكذا الثاني عندهما
خلافا لابي يوسف له انه نجس بمجاورته ما في المعدة من النجاسة وقد خرج الى موضع يلحقه حكم التطهير فيكون ناقضا
كالطعام والصفراء ولهما ان البلغم لزج لا يتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض فان قيل ينتقض
بلغم يقع في النجاسة ثم يرتفع فانه يحكم بنجاسته اجيب بانه لا رواية في هذه المسئلة ولئن سلم فالفرق بينهما ان البلغم
ما دام في الباطن يزداد ثخانته فيزداد لزوجته فاذا انفصل عن الباطن تقل ثخانته فيقل لزوجته واذا قل لزوجته ازداد رقته
فجاز ان يقبل النجاسة ولم يذكرهما اذا اختلط البلغم بالطعام قالوا يعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالبا نقض كالدم
والا فلا ولو قاء دما فاما ان يكون متجمدا وهو العلق او مايعا فان كان الاول يعتبر فيه ملاء الفم لانه سوداء محترقة
وهي تخرج من المعدة والخارج منها حدث اذا كان ملاء الفم وان كان الثاني فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه
قيل وهي خمسة الطعام والماء والمرة والصفراء والسوداء وعندهما ان سال بقوة نفسه نقض وان قل لان المعدة
ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ظاهرا فيعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة والمعتبر هناك السيلان فكذلك
هنا ذكر في مبسوط شيخ الاسلام ان قول ابي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة مضطرب منهم من جعله مع محمد
ومنهم من جعله مع ابي حنيفة واختاره المصنف رحمه الله **قوله** ولو نزل الى ما لان من الانف يعني المارن
فان قيل حكم هذه المسئلة قد علم من قوله في اول الفصل والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم
التطهير فكان ذكره تكرارا اجيب بان ذكرها هنا ليس لبيان حكمه لكونه معلوما مما مر ذلك اذا وصل الدم قصبة
الانف وانما ذكره هاهنا بيانا لاتفاق اصحابنا رحمهم الله لان عند زفر لا ينقض بوصوله الى قصبة الانف وانما
ينقض اذا وصل الى ما لان واليه اشار بقوله بالاتفاق **قوله** لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير يعني بالاتفاق
لعدم الطهور وقيل ذلك عند زفر رحمه الله **قوله** والنوم مضطجعا لما فرغ من بيان نقض الوضوء بما يخرج من البدن
حقيقة ذكر نقضه بما يوجب ذلك حكما والنوم مضطجعا وهو ان يضع النائم جنبه على الارض ينقض الوضوء لان
الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يخلو عن خروج ريح عادة والثابت عادة كالمتيقن به الا ترى ان من دخل
المستراح ثم شك في وضوئه فانه يحكم بنقض وضوئه لان العادة جرت عند الدخول في الخلاء بالتبرز بخلاف ما اذا
شك به قبل الدخول وكذلك النوم متكئا اي على احد وركيه والاتكاء افتعال من وكاء معتل الفاء مهموز اللام فقلبت
لامستعمل فابدل التاء من الواو واذا الاصل اوتكاء فان التاء بدل من الواو في افتعل وغيره لان الاتكاء يزيل مسكة
اليقظة اي التماسك الذي يكون للمستيقظ وكذلك الاستناد الى شيء كجدار او حائط بحيث اذا ازيل سقط وهو ليس من
رواية المبسوط وانما هو مما اختاره الطحاوي لان الاسترخاء يبلغ غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند
يمنعه من السقوط وانما هو مما اختاره الطحاوي والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينتقض وضوءه على كل حال
لان مقعده مستقر على الارض فيامن خروج شيء منه **قوله** بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة
يعني اذا كان على هيئة سجود الصلاة من تجافي البطن عن الفخذ وعدم افتراش الذراعين اما اذا كان على هيئة سجود الصلاة
من تجافي البطن عن الفخذ بخلافه فينتقض **قوله** وغيرها هو الصحيح احترازا عما ذكر ابن شجاع انه لا يكون حدثا
في هذه الاحوال اذا كان في الصلاة فاما اذا كان خارج الصلاة فهو حدث والذي صححه ظاهر الرواية لان
بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء واذا لم يتم لم يكن النوم في هذه الاحوال سببا
لخروج شيء عادة فلا يقام مقامه لان السبب انما يقام مقام المسبب اذا كان غالب الوجود بذلك السبب
اما اذا لم يغلب فلا لانه حينئذ يقع الشك في وجود الحدث والوضوء كان ثابتا بيقين فلا يزال بالشك والاصل فيه
اي في كون النوم غير ناقض للوضوء في هذه الاحوال قوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قائما او قاعدا
او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله رواه الترمذي مسندا

الى ابن عباس

الى ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل هذا الحديث غير صحيح لان مداره على
ابي العالية وهو ابن ضعيف عند النقلة وروي عن ابن سيرين انه قال لا تحدث عمن شئت الا عن ابي العالية فانه لا يبالي
ان يروي عن كل احد اجيب بان ابا العالية ثقة نقل عنه الثقات كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي رحمهم الله
وكونه لا يبالي عمن اخذ يؤثر في مراسيله دون مسانيده وقد اسند هذا الحديث الى ابن عباس رضي الله عنهما
ووجه التمسك من هذا الحديث من وجهين الاول نفي الوضوء نفي الوضوء عمن نام قائما او راكعا والثاني اثباته
على من نام مضطجعا مؤكدا فان قيل انما للحصر ولا حصر هاهنا لان الوضوء لم ينحصر على من نام مضطجعا بل هو على
المستند والمتكئ كما مر اجيب بانا لا نسلم انه للحصر بل هو لتاكيد الاثبات ولئن سلمنا فصيغته افادة الحصر في
المضطجع والمتكئ والمستند يلحق به بطريق الدلالة والثالث التعليل وهو قوله فانه اذا نام استرخت مفاصله فانه
يدل على عدم وجوب الوضوء على من نام قائما او راكعا او ساجدا لعدم الاسترخاء وهو على وجوبه على المضطجع ومن
هو بمعناه لوجوده فيه قيل في معنى قوله استرخت مفاصله بلغ الاسترخاء غايته لان اصل الاسترخاء يوجد فيمن
نام قائما فحينئذ يتناقض اول الحديث وآخره وربما يشير الى هذا **قوله** من قبل لان بعض الاستمساك
باق **وقوله** فلا يتم الاسترخاء **قال** والغلبة على العقل بالاغماء والجنون **وقوله** والجنون نوعا عطفا
على قوله والغلبة والجر خطأ لان العقل في الاغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز الاغماء على الانبياء
دون الجنون والاغماء ضرب من مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى وسببه امتلاء بطون الدماغ من بلغم غليظ
وقوله لانه اي لان كل واحد من الاغماء والجنون فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء لان النائم ينتبه بالتنبيه دونهما
والاغماء حدث في الاحوال كلها يعني حالة القيام والقعود والركوع والسجود لوجود الاسترخاء وهو القياس
في النوم لزوال المقعد عن الارض ووجود اصل الاسترخاء ولكن تركنا هذا القياس في النوم بقوله صلى الله عليه وسلم
لا وضوء على من نام قائما الحديث والاغماء فوقه كما مر فلا يقاس عليه ولا يلحق به دلالة اذ لا يلزم من ان لا يكون من
ادنى الحالة ناقضا ان لا يكون اعلاها ناقضا والسكر اذا حصل به في المشية تمايل كالاغماء قيل لم يعلل المصنف
رحمه الله للجنون ومن المشايخ من علله بعلته الاسترخاء ورد بان الجنون قد يكون اقوى من الصحيح والاولى ان يقال
انه ناقض باعتبار عدم تمييز الاته وتمييز الحدث من غيره **قوله** والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود احترازا عن
صلاة الجنازة وكلامه واضح ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الا من ضحك منكم الحديث رواه ابو حنيفة عن منصور ابن
زاذان عن الحسن عن معبد الجهني ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي واصحابه خلفه فجاء اعرابي وفي بصره
سوء اي ضعف فوقع في ركية فضحك بعض اصحابه فلما فرغ من صلاته قال الا من ضحك منكم الحديث ورواه اسامة بن زيد
عن ابيه ورواه ابي العالية مرسلا ومسندا الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنه ومثله اي مثل هذا الحديث الذي
عمل به الصحابة والتابعون وكان راويه معروفا بالفقه والتقدم في الاجتهاد كابي موسى رضي الله عنه يترك القياس
قيل التعلق به لا يصح لانه لم يكن في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ركية فكان موضوعا واجيب بانه ليس فيه
انه كان يصلي في المسجد فيجوز ان يكون في الموضع الذي كان يصلي فيه ركية وراوي الحديث كابي موسى واسامة ثقة وهو
مثبت فهو اولى وقيل لا يصح من وجه آخر وهو انه لا يتوهم على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الضحك في الصلاة
فضلا عن القهقهة والذين كانوا خلفه اصحابه واجيب بانه كان يصلي خلفه الصحابة وغيرهم من المنافقين والاعراب الجهال
وهذا من باب حسن الظن بهم رضي الله عنهم اجمعين والاقليل الضحك كبيرة وهم ليسوا من الصغائر معصومين ولا
من الكبائر على تقدير كونه كبيرة **قوله** والاثر ورد في صلاة مطلقة اي كاملة فيقتصر عليها فلا يتعدى الى
صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وصلاة الصبي وصلاة البانى بعد الوضوء على احدى الروايتين وصلاة النائم فانه
الوضوء لا يفسد في جميع ذلك وفرق بين القهقهة والضحك وهو واضح ولم يذكر التبسم لانه ليس بمفسد للصلاة ولا
فليس له هاهنا مدخل **قال** جابر بن عبد الله رضي الله عنه ما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم الا التبسم

ولو في الصلاة **قوله** والدابة تخرج من الدبر ينقض الوضوء الدودة التي تنشأ في البطن اذا خرجت
من الدبر نقضت الوضوء والتي تنشأ في الجرح اذا خرجت منه او لحم سقط منه لم ينقض لان نفس الدودة
ليست بنجسة ولهذا لو غسلت جازت الصلاة معها فلم يبق من النجس الا ما عليها وذلك قليل وهو حدث في
السبيلين دون غيرهما فاشبه الخارج من الجرح الجشاء في عدم النقض والخارج من الدبر الفساء في نقض الوضوء
قيل انما فسر الدابة بالدودة لان الدابة ما تدب على الارض فربما يتوهم ان المراد بها ما يدخل الجرح كالذباب
فيخرج منه فانه لا ينقض ففسره بيانا لذلك وقيل قد تقدم في كلام المصنف ان ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا
هو الصحيح وقال هاهنا لان النجس ما عليها وذلك ناقض واجيب بان ما تقدم كان على ابي يوسف ويجوز ان
يكون هذا على قول محمد او اطلق النجس بطريق الفرض يعني لو كان نجسا فهو ما عليها وهذا ليس بصحيح لان تلك
الشرطية ان كان على هذا الوجه لكنه نجس فيكون ما عليها لم يستقم في الجرح لان ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا
وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون نجسا وان كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجس ما عليها فلا يكون نجسا لم يستقم
في الدبر لانه نجس وحدث والاولى الصواب ويجوز ان يقال اطلق النجس على ما يخرج من الجرح بطريق المشاكلة فانه
لما كان بالنسبة الى الدبر نجسا ذكر في الجرح بلفظ النجس **قوله** بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة متصل بالفساء
يعني انه ناقض بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة وهي
التي صار مسلكاها واحدا استحب لها الوضوء لاحتمال ان يكون فساء واختلط في ان عين الريح نجس ام متنجس بمروره على النجاسة
وثمرته تظهر فيما لو خرج منه الريح وعليه سراويل مبتلة فمن قال نجاسة عينها قال تنجس السراويل ومن قال بطهارة
عينها لم يقل به كما لو مرت الريح بنجاسة ثم مرت بثوب مبتل فانه لا ينجس بها قيل اذا كان الخروج من الدبر محتملا فهو
ينبغي ان يكون الوضوء واجبا واجيب بان كونها منوطة ثابت بيقين واليقين لا يزول بالاحتمال كما لو شك في الحدث
وقال في الحاوي ابو حفص الكبير يجب عليها الوضوء وهو رواية هشام عن محمد رحمه الله وقيل ان كانت مفضاة
يجب الايلاج **وقوله** بقطع مقترن في نونها الحركات الثلاث وهو يترجح بالفتح لانه ما من قولهم انتقط فلانا
اي امتلأه عصا فاذا قشرت فاما ان يسيل الماء عن راس الجرح او لا وسماه جرحا لانه قشرها خرج لها فاما كان
الاول نقض وان كان الثاني لم ينقض وانما اعاد هذه المسألة وان تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج
او ليعلم ان حكم الماء حكم غيره لان الماء لم يذكر من قبل فربما كان يتوهم ان الماء ليس كغيره وهذه الجملة يعني قوله
ماء او صديد او غيرهما **وقوله** هذا اي الذي ذكرنا اذا شرع النقض انما هو اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا
عصرها فخرج بعصره ولو لم يعصرها لم يخرج لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج وهذا مختار بعض المشايخ
اختاره المصنف وقال غيرهم ينقض وقال بعض الشارحين وهذا المختار عندي لانه لا اخراج الا بخروج فيكون منصوصا
عليه وان كان لا يستلزمه فكان ثبوته غير قصدي لان الخروج لازم الاخراج ولا بد من وجود اللازم عند وجود الملزوم
وفيه نظر لانه ان لا اخراج ليس بمنصوص عليه وان كان يستلزمه فكان ثبوته غير قصدي ولا معتبر به والله اعلم

فصل في الغسل

معنى الغسل في اللغة ظاهر وقد تقدم تعريفه بانه طائفة
من المسائل الفقهية تغايرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فان وصل الى ما بعدها نون
والا فلا وانما ذكر فصل الغسل بعد الوضوء لان الحاجة الى الوضوء اكثر ولان محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل كله
والجزء قبل الكل او اقتداء بكتاب الله فانه وقع على هذا الترتيب والفرض بمعنى المفروض والواو في قوله وفرض الغسل
اما للاستئناف واما للعطف على قوله ففرض الوضوء والغسل اسم من الاغتسال وهو غسل تمام الجسد
قوله وغسل سائر البدن اي الباقي **وقوله** عليه السلام عشر من الفطرة اي السنة قيل خمس منها في الراس
وخمس في الجسد فالتي في الراس الفرق والسواك والمضمضة والاستنشاق وقص
الشارب والتي في الجسد الختان وحلق العانة ونتف الابط وتقليم الاظفار والاستنجاء بالماء ولنا قوله تعالى وان

كنتم

كنتم جنبا فاطهروا والجنب يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم جرى مجرى المصدر الذي هو
الاجناب **قوله** فاطهروا اي اغسلوا ابدانكم على وجه المبالغة وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر
ايصال الماء اليه خارج عن الارادة كداخل العينين لان في غسلهما من الضرر والاذى ولهذا اسقط غسلهما عن
حقيقة النجاسة بان كحل عينيه بكحل نجس بخلاف المضمضة والاستنشاق فلا يتعذر فيهما ولهذا افترض غسلهما عن النجاسة
الحقيقية فيفترض ايضا في الجنابة **قوله** بخلاف الوضوء جواب عن قياس الشافعي الغسل بالوضوء لان الواجب
فيه غسل الوجه لا جميع البدن والمواجهة فيهما اي في محل المضمضة والاستنشاق معدومة **وقوله** والمراد
بما روي جواب عن حديث الشافعي بحمله على الوضوء بدليل ما روي ابن عباس وجابر رضي الله عنهما انهما قالا
في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبتدئ المغتسل سنن الغسل ان يبتدئ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة
ان كانت على بدنه **قال** في النهاية وهو منقول عن الامام حميد الدين الضرير رحمه الله وانه اصح وفي
بعض النسخ النجاسة وليس بصحيح لان لام التعريف اما ان يكون للعهد او الجنس لا وجه للاول لان كلمة الشك تاباه فان
العهد يقتضي التقرر اما ذكرا او علما ولا وجه للثاني لان كون النجاسة كلها في بدنه محال واقلها وهو الجزء
الذي لا يتجزى غير مراد ايضا لانه علل ذلك في الكتاب بقوله كيلا تزداد باصابة الماء وهذا القليل الذي ذكرناه
لا يزداد عند اصابة الماء ثم قال الا ان الرواية بالالف واللام قد ثبتت في النسخ فوجهه ان يحمل على تحسين النظم
لفظ الشا **قال** بعض الشارحين انما يتعين التنكير اذا انحصر اللام في التعريفين وليس كذلك لجواز ان تكون
اللام لتعريف الماهية وليس بشيء لان الماهية من حيث هي لا توجد في الخارج فاما ان توجد في الاقل او غيره وكل
فاسد لما مر **قوله** ثم يتوضأ وضوءه للصلاة الا رجليه احترازا عما روي الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
ان الجنب يتوضأ ولا يمسح رأسه لانه لا فائدة فيه لوجود اسالة الماء من بعد وذلك يعدم معنى المسح بخلاف سائر
الاعضاء لان التسييل هو الموجود فلم يكن التسييل من بعد مقدما له وقيل انما قال ذلك دفعا لما يتوهم
ان المراد بالوضوء غسل اليدين الى الرسغين فانه قد يسمى وضوءا **قوله** ويبدأ بازالة النجاسة تكرار
واعادة لبيان التعليل والظاهر انه اراد بها النجاسة المعهودة في ذلك الحال وهو المني الرطب فان ميمونة رضي
الله عنها قالت توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءه للصلاة غير رجليه وغسل رجليه وغسل فرجه وما
اصابه من الاذى **قوله** وليس على المرأة هاهنا امران نقض الضفائر وبلها اما نقضها فليس بواجب اذا بلغ
الماء اصول الشعر بالاتفاق لقوله صلى الله عليه وسلم لام سلمة حين قالت يا رسول الله اني امرأة اشد ضفر
رأسي افانقضها اذا اغتسلت اما يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك لا يقال خبر واحد فلا يجوز به الزيادة على
قوله تعالى فاطهروا لان الشعر ليس من كل وجه بدنا والامر بالتطهير له او لان مواضع الضرورة مستثناة كداخل
العينين واما بلها فكذلك في الصحيح لما فيه من الحرج **وقوله** في الصحيح احترازا عما روي الحسن عن ابي حنيفة
رضي الله عنه انها تبل ذوائبها ثلاثا مع كل بلة عصرة ليبلغ الماء شعب قرونها بخلاف اللحية فانه لا حرج في ايصال
الماء الى اثنائها وفي تخصيص المرأة اشارة الى ان حكم الرجل بخلافها **قال** في المبسوط الرجل اذا ظفر شعره
كما يفعله العلويون والاتراك هل يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر ظاهر الجواب يدل على انه لا يجب وذكر الصدر
الشهيد انه يجب **قال** والمعاني الموجبة للغسل اي العلل الموجبة واختار لفظ المعاني لما تقدم في الوضوء قال
في النهاية هذه معان موجبة للجنابة لا للغسل فانها تنقضه فكيف توجبه وذكر في مبسوط شيخ الاسلام
سبب وجوب الاغتسال ارادة ما لا يحل فعله بسبب الجنابة عند عامة المشايخ ورد بان الغسل يجب اذا وجد احد
المعاني المذكورة سواء وجدت الارادة ام لم توجد وفيه نظر وعند بعضهم السبب الجنابة واورد عليه الحيض
والنفاس ولو وجد او ما في معناها لا يندفع وعلى هذا تكون الموجبة المعاني الموجبة علة العلة **وقوله** انزال
المني على وجه الدفق والشهوة قيل هذا اللفظ باطلاقه يستقيم على قول ابي يوسف لاشتراطه الدفق والشهوة

حال الخروج ولا يستقيم على قولهما لانهما انما اشترطا الدفق عند الخروج حتى لا يجب الغسل اذا زال المني عن مكانه
عن مكانه عن شهوة وان خرج بعده دفق وربما انه مستقيم على قولهم بان خروج المني على هذا الوجه موجب الغسل
بالاتفاق واما انه يجب الغسل اذا زايل المني عن مكانه عن شهوة وان خرج من غير دفق فليس في كلام المصنف ما ينافيه
ولا يحصره على الاول وهذا اجمل لكن كلام المصنف يوهم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانهما وربما
يبين قوله ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد الى اخره بعض بيان وقال الشافعي رحمه الله خروج المني كيفما كان
يعني سواء ان كان لشهوة او حمل ثقيل او سقطة من مكان مرتفع او غير ذلك يوجب الغسل لقوله صلى الله عليه وسلم
الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب لقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب
في اللغة من خرج منه المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة فالامر بالتطهير يتناول من خرج
منه المني على وجه الشهوة وغيره ليس في معناه فلا يقاس عليه ولا يلحق به قوله من المرأة قيل انما ذكره ليخرج قضاء شهوة
البطن فان قاضيها لا يسمى جنبا وقيل ذكره اتفاقا والوجوبه على الحالم وقيل الجنابة في اللغة موضوعة لذلك والحالم
وجب عليه الغسل لحديث ام سلمة في بعض الفاظها انها لما سالت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها مثل
ما يرى الرجل فقال عليه السلام اتجد لذلك لذة قالت نعم قوله عليه السلام فلتغتسل والحديث قوله يعني الماء
من الماء محمول على خروج المني عن شهوة توفيقا بين الادلة ولان قوله من الماء يتناول المذي والودي وليس فيهما غسل بالاجماع
فيراد به الخصوص ويحمل على حالة الشهوة بحديث ام سليم وقوله ثم المعتبر ظاهر وثمرته تظهر فيمن امسك ذكره بعد
الانفصال الشهوة عن مكانه حتى سكن الشهوة ثم تركه حتى خرج المني من احليله بلا شهوة لا يجب الغسل عنده خلافا لهما
هو يقول الخروج بالمزايلة فتعلق الغسل بهما ولهما انه متى وجب من وجه معناه انا ذكرنا ان للشهوة مدخلا في وجوب
الغسل وقد وجدت في حالة وهو الانفصال دون الاخرى وهو الخروج فبالنظر الى الاول يجب وبالنظر الى الثاني لا يجب
والباب باب العبادة فيوجبه احتياطا وقد وقع في النهاية في بيان ذلك ان الخروج على وجه الشهوة قد وجد لان الكلام
انه شهوة لانه لو كان كذلك لا يرتفع النزاع فان قيل دار الغسل بين وجوبه وعدمه فلا يجب كما اذا خرج الريح من
المفضاة اجيب بان جهة الوجوب ها هنا راجحة لان الموجب اصل اذ الخروج بناء على المزايلة بالشهوة وعدم الخروج
بالشهوة بعد المزايلة من العوارض النادرة فلا معتبر به قيل وقوله قياس وقولهما استحسان والحاجب من البرية ياخذ
بقول ابي يوسف رحمه الله قوله والتقاء الختانين الختان موضع القطع من الذكر والانثى ومن عادة العرب ختان
الانثى قوله من غير انزال ليس بشرط لوجوب الغسل فانه لو انزل وجب بالاجماع وانما ذكره نفيا لقول الانصار
رضي الله عنهم فانهم قالوا لا يجب الاغتسال بالاكسال واستدلوا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم اذا التقى الختانان وتوارت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل وهذا مفسر في هذا المعنى لا يقبل
التاويل ولانا ناخذ بالحديثين فنعمل بكل واحد منهما فنقول الجنابة تثبت بالانفصال المني عن شهوة بقوله الماء من الماء
لما ذكرنا من تاويله وبالايلاج في الادمي بقوله اذا التقى الختانان الحديث وقد قررنا هذا الحديث في التقرير بما يليق في
قوله وتوارت الحشفة اشارة الى ان مجرد التلاقي لا يوجبه ولكن يوجب الوضوء عندهما خلافا لمحمد رحمهما الله والحشفة
ما بين الختانين من راس الذكر قوله ولانه سبب للانزال بيانه ان الشيء الذي يترتب عليه حكم اذا كان خفيا وله سبب
ظاهر يقام السبب الظاهر مقامه وذلك الامر الخفي يترتب عليه الحكم وها هنا التقاء الختانين سبب الانزال ونفس الانزال
الذي يترتب عليه الغسل يتغيب عن بصر النازل وقد يخفى الانزال لقلته فيقام الالتقاء مقام الانزال كما في السفر
مع المشقة التي يترتب عليها القصر في السفر والالتقاء مجاز للايلاج لانه سببه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية
حتى ان الفسقة يرجحون قضاء الشهوة من الدبر على قضاء الشهوة من القبل لما يعتورونه من اللين والحرارة والضيق
وعن هذا ذهب بعضهم الى ان محاذاة الامرد في الصلاة تفسد صلاة غيره كالمرأة ويجب على المفعول به احتياطا اما عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فلانهما يوجبان في الحد الذي الاحتياط في تركه فلان يوجبا الغسل الذي الاحتياط في

وجوبه

وجوبه اولى واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه يحتاط في الحد بتركه ويحتاط في الغسل بوجوبه والاحتياط في كل باب
بما يناسبه. قوله بخلاف البهيمة وما دون الفرج متصل بقوله فيقام مقامه اي مقام سبب الانزال مقامه
في الانزال مقامه في السبيلين في الادمي بخلاف البهيمة فانه لا يجب فيها الغسل بمجرد الايلاج من غير انزال وبخلاف ما
دون الفرج وهو التفخيذ والتبطين فانه لا يجب فيه الغسل لنقصان السببية. قوله والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن
اختلف الشارحون في تفسير كلامه فمنهم من حمله على ظاهره وقال نفس الحيض يوجب الغسل لانه في معنى الجنابة من حيث
المنع عن الصلاة والقراءة ودخول المسجد ومنهم من حمل على ان معناه انقطاع الحيض يوجب الغسل لانه لا يجب الا عند انقطاعه
وقال لانه بلا دمه ومنهم من حمل على ان معناه ان الخروج عن الحيض يوجب الغسل لان الحيض ما دام باقيا لا يجب الغسل والخروج
عن الحيض مستلزم له فوجد الاتصال فصحت الاستعارة وعزى هذا الى الامام حميد الدين وفي الكل نظر اما في الاول
فلان الحيض اسم لدم مخصوص وقد تقدم ان الجوهر لا يصح ان يكون سببا للمعنى واما الثاني فلان الانقطاع طهر والطهر لا يوجب
الاطهار ولا ملازمة بينهما لوجود الحيض قبل الانقطاع بعده فكان احدهما منفكا عن الاخر فلا ملازمة بينهما على ان قوله
لا يجب الا عند انقطاعه يفيد الشرطية لا العلية وكذا الخروج عن الحيض عبارة عن انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد على
ذلك ويجوز ان يقال معناه خروج الحيض وهو الدم المخصوص يوجب الغسل لما تقدم ان خروج النجس من بدن الانسان
يوجب تطهير جميع البدن واكتفي بالاعضاء الاربعة فيما كثر وقوعه دفعا للحرج ووقوع الحيض ليس بكثير فبقي
على الاصل كخروج المني فكان مجازا بالحذف من باب واسأل القرية اذ لا يلتبس ان نفس الدم لا يوجب شيئا ووجه التمسك بقوله
تعالى حتى يطهرن بالتشديد على وجوب الاغتسال اما بالنسبة الى القربان فلانه تعالى غيا حرمة القربان الذي كان
حلالا الى الاغتسال فينبغي ان ينتهي الحرمة به ويكون مامورا به والا كانت حرمة مؤبدة وفي ذلك نقض لما شرعه بقوله
فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله وبقوله فاتوا حرثكم انى شئتم واما بالنسبة الى الصلاة فلان الاغتسال لما صار
شرطا لحل القربان بنص الاية مع ان الطهارة ليست بشرط لحل القربان عما سوى الحيض والنفاس في صورة من الصور
فلان يشترط الاغتسال لحل الصلاة والحال انها شرط لها عن جميع النجاسات الحقيقية والحكمية دائما اولى واما
النفاس فانما وجب الاغتسال فيه بالاجماع قوله وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان للغسل المسنون نص
الشيخ القدوري رحمه الله على السنة يعني في هذه الاربعة وقد قيل هذه الاربعة مستحبة يدل على ذلك تسمية محمد
الغسل يوم الجمعة في الاصل حسنا وهو اقوى حيث ذهب الى وجوبه مالك لقوله عليه السلام من اتى منكم الجمعة
فليغتسل رواه ابن عمر رضي الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من توضا يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل
فهو افضل رواه سمرة بن جندب رضي الله عنه قوله فبها ونعمت اي بالسنة اخذ ونعمت الخصلة هذه اي
الاخذ بالسنة وبهذا اي بهذا الحديث يحمل ما رواه مالك على الاستحباب توفيقا بينهما او على النسخ بدليل ما روي
عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم انهما قالا كان الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه
والمسجد قريب السقف فكان يتاذى بعضهم برائحة بعض فامروا بالاغتسال ثم انتسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا
العمل بايديهم قوله هو الصحيح احتراز عن قول الحسن فانه يقول غسل يوم الجمعة لليوم اظهارا لفضله
قال صلى الله عليه وسلم سيد الايام يوم الجمعة ومعنى قوله لزيادة فضيلتها انها تؤدى بجمع عظيم
فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وسيادة اليوم باعتبار وقوع هذه الصلاة فيه وفائدة الخلاف تظهر فيمن
اغتسل يوم الجمعة ثم احدث فتوضا وصلى الجمعة فانه ليس بمقيم للسنة عند ابي يوسف خلافا للحسن ووقع
في بعض الروايات ذكر محمد في موضع الحسن بن زياد والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب
الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة واما في عرفة وفي الاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى قوله وليس
في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله صلى الله عليه وسلم كل فحل يمذي وفيه الوضوء رواه ابو داود باسناد
صحيح فان قيل اذا كان الواجب الوضوء كان الواجب ان يذكرهما في فصل الوضوء اجيب بانهما لما

فذكرهما في فصل الغسل والاحد ان يقال انما ذكرها هنا لان احمد رحمه الله يقول بوجوب الغسل في رواية فذكرها ها هنا نفيا لما يقوله ○ فان قيل اذا كان حكمه الوضوء كان ذكره مستغنى عنه بالكلية لانه علم من قوله كل ما خرج من السبيلين ○ اجيب بان ذكره للتاكيد وقيل ذكره تصريحا بالنفي لقول مالك رحمه الله فانه لا يقول بوجوب الوضوء بهما فان قيل نقض الوضوء بالودي غير مقصور على التفسير المذكور في الكتاب لانه انما يخرج على اثر البول وقد وجب الوضوء بالبول فلا يجب بالودي بعده ○ اجيب باجوبة منها انه اذا توضأ من البول ثم اودى فانه يجب عليه الوضوء ومنها انه يتصور في من به سلس البول اذا توضأ للبول ثم اودى حال بقاء الوقت تنتقض طهارته ومنها ان الوضوء يجب في الودي لو تصور لا انتقاض به وفيه ضعف والتفسير ما ثور عن عائشة رضي الله عنها وانما مرادها مني الرجل خاصة لان مني المراة ليس خاثرا ولا ابيض وانما هو رقيق اصفر كما جاء في الحديث وليس يكثر منه الذكر والتعريف الجامع لمني الرجل والمراة ان يقال ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترائب

باب الماء الذي يجوز الطهارة به

معنى الباب في اللغة وقد يعبر به انه طائفة من المسائل الفقهية اشتمل عليها كتاب ولقب بباب كذا ولما فرغ من بيان الطهارة ذكر ما يحصل به الطهارة وهو الماء المطلق الطهارة من الاحداث غليظا كان الحدث او خفيفا جائزة بماء السماء والاودية والعيون والابار وماء البحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث ووجه التمسك ان الله لما ذكر الماء اي لانه مطلقا والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه لا يقال الاية تدل على ان الماء المنزل من السماء طهور وليس غير المطر منزلا من السماء لان الله تعالى الم تر ان الله انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض وقال انزل من السماء ماء فسالت اودية بقدرها وسياتي الكلام على الحديث وذكر الاحداث ليس للتخصيص لان الطهارة من الخبث ايضا تحصل بهذه المياه لكن لما كان التبويب لما يحصل به الوضوء ذكر ذلك **قوله** ولا يجوز بماء اعتصر بالقصر على انه موصول له هكذا المسموع **قوله** لانه ليس بماء مطلق لانه عند اطلاق الماء لا ينطلق عليه وتحقيق ذلك انه لو حلف انه لا يشرب ماء فشرب ماء اعتصر من شجر او ثمر لم يحنث لانه ما لا يسبق الى فهم الخاطر لا الاول ولا نعني بالمطلق والمقيد الا هذا والحكم وهو الطهارة عند فقده اي فقد الماء المطلق منقول الى التيمم **قال** الله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا **وقوله** والوظيفة الى اخره جواب عما يقال الماء المعتصر من الشجر او الثمر وان لم يكن ماء مطلقا لكنه في معناه في الازالة فيلحق بالمطلق ووجهه ان الوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه ومعناه ان شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا به عن القياس وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يتعدى القياس بخلاف ازالة النجاسة الحقيقية فانها معقول المعنى لوجودها حسا فجاز فيها الالحاق على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولقائل ان يقول هب انه لا يمكن التعدية بطريق القياس فيلحق بالدلالة فان كونه معقولا ليس بشرط ○ والجواب ان سائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه لان الماء مبذول عادة لا يبالى بخبثه وسائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه ○ فان قيل كيف الحقته به في النجاسة الحقيقية ○ قلت قياسا لا دلالة لانه معقول المعنى ○ فان قلت من شرط الدلالة ان يكون الملحق في معنى الاصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل وجه لا غير والوصف فيما نحن فيه هو ازالة النجاسة والماء والمائع سيان في ذلك والماء مبذول لا مدخل له في ذلك ○ قلت انهما سيان في ازالة النجاسة الحقيقية او مطلقا الاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع **قوله** وفي الكلام يعني مختصر القدوري **وقوله** فاخرجه عن طبع الماء كالتفسير لقوله غلب عليه غيره **وقوله** كالاشربة الى اخره اراد بها الاشربة المتخذة من الشجر كرب والحماض وبالخل الخالص كان من نظير المعتصر من الشجر والثمر وكان ماء الباقلاء والمرق نظير الماء الذي غلب عليه غيره فكان فيه صنعة اللف والنشر وان اراد بالاشربة الحلو المخلوط بالماء كالدبس والعسل المخلوط به وبالخل المخلوط بالماء كانت الاربعة كلها نظير الماء الذي غلب عليه غيره والباقلاء اذا اشتد الامر فهو مقصور واذا خفف مد وماء الزرع ماء يخرج من العصفر المنقوع **وقوله** ما تغير بالطبخ قيل المراد بالتغير الثخونة فانه يصير مرقا **قوله** تغير احد اوصافه التي هي اللون والطعم والريح اشار الى انه اذا غير الوصفان لا يجوز التوضي به قال في النهاية لكن المنقول عن الاساتذة انه يجوز حتى ان اوراق الاشجار وقت الخريف تقع في الحياض فيتغير ماؤها من حيث اللون والطعم

والرائحة

كذلك

والرائحة ثم انهم يتوضؤون منها من غير نكير وكذا اشار في شرح الطحاوي اليه ولكن شرطه ان يكون باقيا على رقته اما اذا غلب عليه غيره وصار به ثخينا فلا يجوز ○ فان قيل قد تقدم من قول النبي صلى الله عليه وسلم الا ما غير لونه او طعمه يقتضي عدم جواز التوضي عند تغير الاوصاف ○ اجيب بان معنى قوله عليه السلام لا ينجسه شيء نجس كذا في المحيط الطاهر **قوله** اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق اي في عدم جواز التوضي بهما والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران ويشكل حكمه **قوله** هو الصحيح لانه خالطه طاهر تغير احد اوصافه كماء الزعفران واعلم ان ما ذكر في المختصر ان كان على اطلاقه كما يفهم من ظاهر لفظه كان بين رواية المختصر والمروي عن ابي يوسف خلاف وان كان المراد به ما اذا كان الماء مغلوبا باجزاء الزردج فلا خلاف بينهما واما الناطفي والامام السرخسي اختارا المروي عن ابي يوسف **وقوله** وقال الشافعي رحمه الله طاهر **وقوله** واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر يعني انها للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما ان المضاف اذا لم يكن خارجا عن المضاف اليه بالعلاج فالاضافة للتعريف وماء الزعفران وماء البئر والعين من هذا القبيل وان كان خارجا منه فهي للتقييد كماء الورد وغيره مما تقدم معنى الاعتبار للخلط وتعتبر فيه الغلبة بالاجزاء فان كانت اجزاء الماء غالبة ويعلم ذلك ببقائه على رقته جاز الوضوء به وان كانت اجزاء المخلوط غالبة بان صار ثخينا زالت عنه رقته الاصلية لم يجز **قوله** هو الصحيح نفي بقول محمد رحمه الله فانه يعتبر الغلبة بتغير اللون والطعم وبيان ذلك ما قيل الطاهر المختلط بالماء اما ان يكون لونه كلون الماء او لا فان كان الثاني كاللبن والزعفران والعصفر فالعبرة فيه للون فان غلب لون الماء جاز الوضوء به وان غلب لم يجز وان كان الاول كماء البطيخ والاشجار فالعبرة للطعم على ما ذكرنا وان لم يكن له طعم فبكثرة الاجزاء وانما كان الاول صحيحا لان الغلبة بالاجزاء غلبة حقيقة اذ وجود الشيء المركب باجزائه فكان اعتبارها اولى **قوله** بعد ما خلط به غيره انما قيد به لان الماء اذا طبخ وحده وتغير به جاز الوضوء به **قوله** الا اذا طبخ فيه استثناء من قوله لا يجوز التوضي به وانما جاز بذلك لان السنة وردت به في غسل الموتى بالماء الذي اغلي بالسدر الا اذا صار غليظا لا يمكن تسييله على العضو لزوال اسم الماء عنه **قال** وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به ○ اراد بالماء ماء لا يكون جاريا ولا في حكمه وهو الغدير العظيم لذكره ذلك بعد هذا وقد وقع في بعض نسخ الهداية قليلا كان النجاسة او كثيرا وهو لفظ المختصر وتوجيه الاول ان يقال النجاسة فعيلا بمعنى فاعل او فعيل بمعنى مفعول في حذف علامة التانيث كما في قوله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين وفي قوله قليلا احتراز عن قول مالك فانه لا ينجس الماء عنده اذا لم يتغير لها اثر **وقوله** كثيرا مستدرك لان قليل النجاسة اذا كان مانعا فالكثير اولى وتوجيه الثانية الماء الراكد قليلا كان او كثيرا اذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضوء به والقليل هو ما يكفي للوضوء والغسل كذا **وقوله** قليلا احتراز عن قول مالك **وقوله** كثيرا احتراز عن قول الشافعي فان مالكا يجوز الوضوء بالقليل فانه وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير احد اوصافه ويستدل بما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث والشافعي يجوزه اذا كان الماء قلتين لقوله صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا واضطربت اقوالهم في مقدار القلة فقيل القلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا وقيل القلتان خمسمائة من تقريبا لا تحديدا وقيل القلة جرة تحمل من اليمن تسع فيها قربتان وشيء ولنا حديث المستيقظ من قوله صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا ووجه التمسك به انه لما ورد النهي عن الغمس لاجل احتمال النجاسة فحقيقة النجاسة اولى ان يكون نجسا **وقوله** صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة رواه ابو هريرة وهو حجة على الفريقين اما على مالك فلانه نهى عن الاغتسال وانه لا يغير احد اوصافه الماء يقينا واما على الشافعي فلانه نهى عن البول في الماء الدائم ومطلق النهي يقتضي التحريم لا سيما على مذهبه ولو لم يكن منجسا كان ذكره لما فيه وهو ليس بمحرم ولم يفصل بين دائم ودائم فكان القلتان وغيرهما سواء لا يقال يجوز ان يكون النهي للتنزيه لان تاكيده وتقييده بالدائم ينافيه فان الماء الجاري يشاركه في ذلك المعنى فان البول

كما انه ليس بادمي في الماء الدائم فكذلك في الجاري فلا يكون للتقييد فائدة وكلام الشارع مصون عن ذلك فان قيل
لا استدلال بالحديث بخصه عليكم لان الغدير العظيم ماء دائم فيدخل تحت اطلاقه اجيب بانه في حكم الجاري في
عدم اختلاط بعضه ببعض **قوله** والذي رواه مالك جواب عن حديث مالك بانه ورد في بئر بضاعة وهي بئر
البئر الماء وضمها فان قيل العبرة لعموم اللفظ دون خصوص السبب فكيف اختص ببئر بضاعة مع وجود دليل
العموم فيه وهو الالف واللام اجيب بانه ليس من باب الخصوص في شيء وانما هو من باب الحمل للتوفيق فان الدليلين
اذا تعارضا وحمل بالترجيح جعل كانهما وردا معا ثم بعد ذلك اذا امكن العمل بحمل كل واحد منهما على محمل حمل وان
لم يكن بطلب الترجيح وان لم يكن بينهما تاريخ وهاهنا امكن العمل بان يحمل هذا الحديث على بئر بضاعة وحديث المستيقظ
وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم الحديث على غيرها فحملنا كذلك دفعا للتناقض فان قيل استدل المصنف رحمه الله
في اول الباب بهذا الحديث على طهورية المياه المذكورة هناك وحمله هنا على بئر بضاعة فان كان اللام في قوله الماء
للجنس صح الاستدلال وبطل الحمل وان كان للعهد صح الحمل وبطل الاستدلال اجاب العلامة علاء الدين عبد العزيز
بما معناه انه للجنس والاستدلال لا يصح والحمل للترتيب طلا لان الحديث مشتمل على قضيتين احداهما الماء الطهور والثانية
لا ينجسه شيء والاستدلال بالاولى وفي الاولى هاهنا فقد المقصود من غير افتقار الى الثانية والحمل للثانية وردت بان الضمير في لا
ينجسه راجع الى ما دخل عليه اللام وكان المراد به الجنس فكيف يصح حمله على معين واجاب بان اللفظ اذا احتمل معنيين
واريد به احدهما ثم اريد بضميره الاخر جاز ويسمى ذلك استخداما كما في قول الشاعر اذا نزل السماء بارض قوم
رعيناه وان كانوا غضابا وهو كلام حسن من باب قوله صلى الله عليه وسلم هو الطهور ماؤه والحل ميتته في كونه جوابا
زائدا على مقدار الحاجة فان كان الحاجة كانت في دفع النجاسة عن بئر بضاعة وكان ذلك يحصل بقوله لا ينجسه شيء الا انه زاد
قوله الماء طهور ويكون هذه الحقيقة من شانها التطهير وماء بئر بضاعة لا ينجسه الا ما غير لونه الى اخره لكونه جاريا
ولا يلزم ان يكون الماء البالغ قلتين طاهرا اذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل على نجاسته وهو حديث المستيقظ **وقوله**
لا يبولن احدكم الحديث **قوله** وما رواه الشافعي يريد به حديث القلتين ضعفه ابو داود ومعناه لا يصح التعلق بهذا
الحديث لان في اسناده ضعفا ضعفه ابو داود سليمان بن الاشعث السجستاني قال حديث القلتين مما لا يثبت وهكذا قال
ابن المديني استاذ محمد بن اسماعيل البخاري رحمهما الله وقال الشافعي في كتابه بلغني باسناد لا يحضرني من ذكره وقيل هذا
دون المرسل وفي متنه اضطراب فانه قال اذا بلغ الماء قلتين او ثلاثا وفي غيرها اربعين قلة هكذا رواه جابر والاحد
به ابراهيم النخعي والقلة في نفسها مجهولة لانها تذكر ويراد بها قامة الرجل وتذكر ويراد بها راس الجبل وتذكر
ويراد بها الجرة والتعيين بقلال هجر لا يثبت بقول جريج لان جريج ممن لا يقلد فبقي محتملا وكذلك **وقوله** لا يحمل
خبثا محتمل يحتمل ما قاله الشافعي رحمه الله اي لا يقبل النجاسة ويدفعها ويحتمل اذا قل الماء حتى انتهى الى القلتين فانه يضعف
عن احتمال الخبث فيتنجس واذا كان كذلك لم يكن التمسك به صحيحا **قوله** والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة اختلف
الناس في تعريف الماء الجاري فمنهم من قال هو ما لا يتكرر استعماله وذلك بانه اذا اغتسل يده وسال الماء منها الى
النهر فاذا اخذه ثانيا لا يكون فيه شيء من الماء الاول وقيل هو ما يذهب بتبنة وقيل هو ما اذا كان بحيث لو وضع رجل يده
في الماء عرضا لم ينقطع جريانه وقيل والاصح ما يعده الناس جاريا وحكمه ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر **وقوله** اذا
لم ير لها اثر اي لم يبصر لها اثر اشارة الى ان النجاسة لو كانت مرئية لا يتوضا من جانب الوقوع قال في المحيط اذا وقعت النجاسة
في الماء الجاري فان كانت غير مرئية كالبول لا ينجس ما لم يتغير طعمه او لونه او ريحه وان كانت مرئية كالجيفة والعذرة
فان كان النهر كبيرا لا يتوضا من اسفل الجانب الذي فيه الجيفة ويتوضا من جانب اخر وان كان صغيرا فان لاقاها اكثر الماء
فهو نجس وان كان اقل فهو طاهر وان كان النصف جاز الوضوء به في الحكم والاحوط ان لا يتوضا **قوله** والغدير
العظيم الغدير فعيل بمعنى مفعول من غدر اي ترك وهو الذي تركه ماء السيل وقيل بمعنى مفاعل اي مغادر وقيل بمعنى فاعل
لانه يغدر باهله لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه واعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان الماء اذا خلص بعضه اي وصل الى

تقدير الكلام

بعض

الى بعض كان نجسا لا دلالة الاخبار وان لم يخلص كان كبيرا لا ينجس بوقوع النجاسة فيه الا ان يتغير لونه او طعمه او ريحه كالماء الجاري ثم
اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب المتقدمون الى انه يعرف بالتحريك فانه اذا حرك طرف منه ولم يتحرك الجانب
الاخر فهو مما لا يخلص بعضه ببعض والمراد بالتحريك هو التحريك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه لا بعد المكث
ولا معتبر بالحساب فان كان الماء وان كثر يعلوه ويتحرك ثم اختلف هؤلاء في سبب التحريك فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
رحمهما الله انه يعتبر التحريك باليد لا غير وروي عن محمد رحمه الله انه يعتبر التحريك بالتوضي ووجه القول الاول
الاول ما ذكره في الكتاب ان الحاجة الى الاغتسال في الحياض اشد من الحاجة الى التوضي لان الوضوء يكون في البيوت عادة
ووجه الثاني ان التحريك يكون في الاغتسال او بالتوضي ويغسل اليد لان التحريك بغسل اليد اخف فكان الاعتبار به
اولى توسعة على الناس ووجه الثالث ان مبنى الماء في حكم النجاسة على الخفة فان القياس ان ينجس وان كثر الماء الا انه
اسقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر التحريك الوسط وهو التحريك بالوضوء وذهب المتاخرون الى انه يعرف
بشيء اخر غير التحريك فمنهم من اعتبر بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه وتكدر الماء فان وصلت الكدرة الى الجانب الاخر
فهو مما لا يخلص والا فلا وروي عن ابي حفص الكبير انه اعتبر بالصبغ فقال يلقى زعفران في جانب منه فان سرى الزعفران
في الجانب الاخر كان مما يخلص والا فلا وروي عن ابي سليمان الجوزجاني انه اعتبر بالمساحة فان كان عشرا في عشر
فهو مما لا يخلص وعن محمد في النوادر انه سئل عن هذه المسئلة فقال ان كان مثل مسجدي هذا فهو مما لا يخلص بعضه الى
بعض فلما قام مسح مسجده فكان ثمانيا في ثمان في رواية وعشرا في عشر في رواية وبقول ابي سليمان الجوزجاني اخذ عامة
المشايخ ثم الفاظ الكتب قد اختلفت في تعيين الذراع فجعل الصحيح في فتاوى قاضي خان ذراع المساحة وهي سبع
مشتيات فوق كل مشتية اصبع قائمة والمصنف رحمه الله اختار للفتوى ذراع الكرباس وهي سبع مشتيات
ليس فوق كل مشتية اصبع قائمة توسعة للامر على الناس والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف
وقوله هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم ان المعتبر فيه ان يكون ذراعا وقول اخرين ان يكون قدر شبر
وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري رحمه الله **قوله** اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع ولم يفرق
بين كونها مرئية وغير مرئية وهو المحكي عن مشايخ العراق ومشايخ بخارى ومشايخ بلخ فرقوا بينهما فقالوا في
غير المرئية يتوضا من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية وعن ابي يوسف انه لا ينجس الا اذا ظهر اثرها
فيه اي في موضع الوقوع كالماء الجاري وعلى هذا اذا غسل وجهه في حوض كبير فسقط غسالة وجهه في الماء
فرفع الماء من موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين وجوزه مشايخ بخارى توسعة على الناس لعموم
البلوى به **قال** وموت ما ليس له نفس سائلة اذا مات ما ليس له دم سائل كالبق والذباب والزنابير
والعقرب ونحوها في الماء لم ينجسه وانما جمع الزنابير دون غيرها لانها انواع شتى وقال الشافعي رحمه الله
يفسده لانه حرام بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والتحريم لا بطريق الكرامة اية النجاسة **وقوله** لا بطريق الكرامة
احتراز عن الادمي فان قيل دود الخل وسوس الثمار اذا مات فيهما ميتة ولا ينجس الخل والثمار اجاب بقوله لان
فيه ضرورة ولنا ما روى ابو بكر الرازي باسناده الى سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن سلمان رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال فيه اي في مثل هذه الحادثة فانه سئل عليه السلام عن اناء فيه طعام او شراب يموت فيهما ما ليس له دم سائل
فقال هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل
المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم في هذه الاشياء اذا الفرض كذلك فلا ينجس هاهنا فان قيل لا نسلم ان المنجس هو اختلاط
الدم المسفوح فان ذبيحة المجوسي ليس فيه دم مسفوح وهي نجسة وذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم تعارض بان اكلت وترك
العناب حلال مع ان الدم لم يسل فالجواب ان القياس في ذبيحة المجوسي الطهارة كذبيحة المسلم الا ان صاحب الشرع اخرجه
من اهلية الذبح بقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم فجعل الشرع
ذبيحته كالعدم لذلك كما جعل ذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم كذبيحته اذا سال اقامة لاهلية الذابح واستعمال

الا انه مقام الاسالة لا عن سالة بما هو المأمور به الداخل تحت قدرته ولا معتبر بالعوارض لانها لا تدخل تحت القواعد الاصلية
وانما قيد بقوله عند الموت لانه اذا كان حيا لا ينجس ولهذا قلنا المصلي اذا استصحب فارة او عصفورة حية لم تفسد صلاته
ولو كانت نجسة لفسدت ولو ماتت حتف انفها فاستصحبها افسدت وهذا لان الدم الذي في معدنه وبالموت ينصب
عن مجاريها فتنجس اللحم بتشربه اياه وهذا لو قطعت العروق بعده لم يسل منه الدم **قوله** والحرمة ليست من
ضرورتها النجاسة جواب عن استدلال الشافعي رحمه الله فان الطين حرام لا للكرامة وليس بنجس **قال** وموت
ما يعيش في الماء فيه لا يفسده ما يعيش في الماء يعني ما يكون توالده ومثواه فيه اذا مات في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع
والسرطان قيل انما قال في المسئلة الاولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده لان الموت في المسئلة الاولى لا ينجسه في غير معدنه
فيتوهم التنجيس فناسب نفيه وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجيسه بواسطة الضرورة لكن احتمل تغير صفة الماء فنفاه بقوله
لا يفسده وقال الشافعي رحمه الله يفسده الا السمك لما مر يعني من قوله لان الحرمة لا بطريق الكرامة آية النجاسة قيل هذا
التعليل اشكال وهو ان الضفدع والسرطان يجوز اكلهما عند الشافعي على ما روي في كتاب الذبائح على ما سيأتي والجواب
ان المذكور في كتاب الذبائح وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله ويجوز ان تكون هذه رواية اخرى عنه فيكون الالزام عليها
ولنا انه مات في معدنه وهو طاهر وكل ما مات في معدنه كان نجسا في معدنه وكل ما كان نجسا في معدنه لا يعطى حكم النجاسة
كبيضة حال محها دما اي تغير صفرتها دما حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة يجوز الصلاة لان النجاسة في معدنها بخلاف ما
اذا صلى وفي كمه قارورة وفيها دم لا يجوز صلاته لان النجاسة ليست في معدنها قيل هذا التعليل يقتضي ان لا يعطى الطيور
والوحوش حكم النجاسة اذا ماتت في البر لانه في معدنها والذي يظهر من كلامهم انهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا
فانهم يمثلون بالدم في العرق والمح في البيضة واشباههما وليس البر كذلك **قوله** ولانه لا دم فيها اي في هذه الحيوانات
اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو النجس كما تقدم واذا مات في غير الماء كالخل والعصير والحليب ونحوها قيل غير السمك
يفسده لانعدام المعدن وهو قول نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وهو رواية عن ابي يوسف وقيل لا يفسده وهو قول محمد
ابن مقاتل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهشام عن محمد لانعدام الدم وهو الاصح لاطراده قيل في كل واحد من التعليلين
نظر اما في الاول فلان التعليل بالعدم على زعم الخصم لا يجوز واما في الثاني فلان انتفاء العلة لا يستلزم انتفاء المعلول لجواز ان
يثبت بعلة اخرى والجواب عن الاول انه ليس بتعليل بل هو بيان انتفاء المانع فانا قد ذكرنا ان النجاسة لا تعطى حكم النجاسة
في معدنها فكان المعدن مانعا عن ترتب الحكم عليها وعن الثاني ان العلة الشخصية يستلزم انتفاؤها انتفاء الحكم وهاهنا
كذلك لان كونه دما مسفوحا هو المنجس لا غير والضفدع والبحري فيه سواء والبحري يعرف البحري من البري بان البحري ما يكون
بين اصابعه سترة وقيل البري يفسد لوجود العلة وهو الدم وانتفاء المانع وهو المعدن **قوله** وما يعيش في الماء بيان
ان المراد بما يعيش في الماء ما كان توالده ومثواه فيه كما ذكرناه في اول البحث وما في المعاش دون ما في التوالد كالبط والاوز ونحوهما
مفسد **قال** والماء المستعمل لا يجوز استعماله في الاحداث قدم الكلام في حكم المستعمل لانه هو المقصود
وقيد بقوله في طهارة الاحداث اشارة الى انه يجوز استعماله في طهارة الانجاس فيما روي محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله
وهو الموافق لمذهبه فان ازالة النجاسة العينية بسائر المائعات يجوز عنده **قوله** خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله
للشافعي في الماء المستعمل ثلاثة اقوال الاظهر منها كقول محمد وفي قول طاهر وطهور كقول مالك وفي آخر ان كان المستعمل
محدثا فهو طاهر غير طهور وان كان متوضئا فهو طاهر وطهور وهو قول زفر فهما اي مالك والشافعي رحمهما الله يقولان
ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع ولا يكون كذلك الا اذا لم يتنجس بالاستعمال والجواب انه المحكي عن ثعلب
ورد عليه بان هذا ان كان لزيادة بيان لنهاية في الطهارة كان سديدا او لحصره **قوله** تعالى وينزل عليكم من السماء
ماء ليطهركم والا فليس فعول من التفعيل في شيء واذا كان بيانا لنهاية فيها لا يستدرك حتى يطهر الغير فضلا عن التكرار
فيه وقول زفر لان الاعضاء طاهرة حقيقة معناه ان اعضاء الوضوء طاهرة حقيقة نجسة حكما فالماء المستعمل فيهما
بالنظر الى الاول طاهر وبالنظر الى الثاني نجس والحكم عليه باحدهما ابطال للآخر واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال

احدهما فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وهو قول محمد وهو انه طاهر غير طهور رواية عن ابي حنيفة
رحمهما الله وهو المختار للفتوى لعموم البلوى **قوله** لانه ملاقاة الطاهر وهو الماء الطاهر وهو العضو المغسول
لانه طاهر حقيقة لا يوجب التنجس كما لو غسل به ثوب طاهر الا انه اقيمت به قربة ولاقامتها اثر في تغير ما اقيمت به
فتغيرت به اي بالاستعمال صفة الماء كمال الصدقة الذي اقيمت به قربة وقد تغيرت صفته فلم يبق طيبا وقد صح ان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ابتدروا الى وضوئه وتمسحوا به وجوههم ولو كان نجسا لمنعهم كما منع ابا طيبة الحجام عن شرب
دمه ووجه الاستدلال لابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف بقوله صلى الله عليه لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث
انه عليه السلام كما نهى عن النجاسة الحقيقية وهو البول فكذلك نهى عن الحكمية وهو الاغتسال فدل على ان الاغتسال
فيه كالبول فيه **قوله** ولانه ماء اي ولان الماء المستعمل ماء ازيل به المانع من جواز الصلاة وهو النجس الحكمي
فيتنجس قياسا على ما ازيل به المانع الآخر منه وهو النجس ولقائل ان يقول المتوضئ قبل استعمال الماء موصوف بكونه
محدثا فاذا استعمله فلا يخلو ان تحول هذه الصفة منه الى الماء او لا لا سبيل الى الاول لان الاعراض لا تقبل الانتقال
من محل الى محل باتفاق العقلاء فتعين الثاني وحينئذ لا وجه للحكم بنجاسة الماء والجواب انه كان الملابس في المتوضئ وصفه
وانما هو في ان اعضاء الوضوء متصفة بالنجاسة حكما وقد زالت شرعا بالوضوء التي اقيمت به قربة وقد قام الدليل
اتفاقا على ان لاقامتها اثرا في تغيير ما اقيمت به فصار الماء به خبيثا شرعا كمال الصدقة ولا نعني بصيرورة الماء
نجسا الا اتصافه بالخبث شرعا وان الانتقال على الاعراض الحقيقية لا يجوز واما الامور الاعتبارية الحكمية
فيجوز ان يعتبر انتقالها من محل الى محل كقطع الاعتبارية عن قيامها بمحل آخر الا ترى ان الملك للبائع امر اعتباري حكمي وبعد ان
باع وقبل المشتري انتقل الملك من البائع اليه وبعد ما ثبتت نجاسته اختلفت الرواية في غلظها وخفتها فروى الحسن
عن ابي حنيفة انه نجس نجاسة غليظة اعتبارا للمستعمل بالنجاسة الحقيقية فيقدر بالدرهم وروى ابو يوسف
عنه وهو قوله انه نجس نجاسة خفيفة لمكان الاختلاف فان اختلاف العلماء يورث التخفيف كما يجيء **قوله** والماء
المستعمل بيان لحقيقته وكان حقه التقديم لكن قدم تحقيق الحكم لما ذكرنا انفا ولانه متضمن بيان السبب فصار
من الوسائل فلم يجب تقديمه ثم سبب كون الماء مستعملا عند ابي يوسف رحمهما الله هو ازالة الحدث او قصد
القربة وعند محمد بقصد القربة فقط وعند زفر والشافعي رحمهما الله ازالة الحدث لا غير فلو توضأ محدث بنية
القربة صار الماء مستعملا بالاجماع ولو توضأ رجل متوضئ للتبرد لا يصير مستعملا بالاجماع ولو توضأ المحدث
المتبرد للتبرد صار مستعملا عندهما وعند زفر ومحمد خالفه زفر لعدم قصد القربة وكذا عند الشافعي لعدم ازالة
الحدث عنده بلا نية ولو توضأ المتوضئ لقصد القربة صار مستعملا عند الثلاثة خلافا لزفر والشافعي رحمهما
الله استدل لمحمد بقوله لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه اي الى الماء المستعمل كما قررناه وانتقالها
بازالتها عن محلها وازالتها بالقرب كما في مال الصدقة وابو يوسف يقول اسقاط الفرض ايضا مؤثر لان التغير عندهما
انما يكون بزوال نجاسة حكمية عن المحل وانتقالها الى الماء وقد انتقلت الى الماء في الحالتين جميعا كما تقدم من اعتبارها
بالنجاسة الحقيقية فيثبت فساد الماء بالامرين جميعا **قوله** ومتى يصير مستعملا بيان لوقت اخذه حكم الاستعمال
وقد اتفق علماؤنا رحمهم الله على ان الماء ما دام مترددا في العضو ليس له حكم الاستعمال واذا زايل العضو
ولم يستقر في مكان اختلفوا فيه فقال سفيان الثوري وابراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوي
انه لا يصير مستعملا وذهب اصحابنا الى انه كما زايل العضو صار مستعملا حتى لو اصاب ثوبه نجس وقالوا ان من نسي
مسح رأسه فاخذ من لحيته ماء ومسح به رأسه لا يجوز واختاره المصنف رحمه الله وقال والصحيح انه كما زايل العضو الكاف
منه شيء كاف المفاجأة كما تقول كما خرجت من البيت رأيت زيدا اي فجأت رؤية زيد ومعناه يصير الماء مفاجأ
وقت زواله عن العضو وقت الاستعمال من غير توقف الى وقت الاستقرار في مكان واحد وهو اسناد الفعل الى الزمان
فيكون مجازا عقليا **قوله** لان سقوط حكم الاستعمال الظاهر وارد بان فيه حرجا فكان ضرورة وقيل في جوابه حكم

الاستعمال المسقط في المنديل والثياب للحرج وهو مناقض لاصل المذهب ولعل الخلص ان يقال بثبوت حكم الاستعمال
عند المزايلة عن العضو في الجميع ولا حرج فيه اذ المختار من الاقوال للفتوى انه طاهر غير طهور
والجنب اذا انغمس في البئر جنب ليس على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو لم يطهر ولم ينجس الماء عند ابي يوسف وطهر الرجل
ولم ينجس الماء عند محمد ولم يطهر ونجس الماء عند ابي حنيفة رحمهم الله وقيد بقوله لطلب الدلو لانه لو انغمس
للاغتسال للصلاة فسد الماء عند الكل لابي يوسف في بقاء الرجل نجسا ان الصب عنده شرط لان القياس لا يقتضي
التطهير الا بعد نجس الماء باول الملاقاة وانما حصل ضرورة خروج المكلف عن الامر بالتطهير والماء الجاري افرد الى
ذلك لعدم استقراره والصب بمنزلته فيشترط تحصيلا للمامور به بقدر الامكان وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه
واستقاؤه يلزم انتفاء المشروط وفي ابقاء الماء طاهرا ان سبب استعماله احد الامرين اسقاط الفرض ونية القربة
كما تقدم ولا سبب له غيرهما وقد انتفيا جميعا فينتفي الحكم فان قيل انتفاء اسقاط الفرض ممنوع فانه يسقط عنه وان
لم ينو فقد سقط به فيصير الماء مستعملا لكونه احد الامرين اجيب بانه ترك اصله في هذه المسئلة ضرورة الحاجة
الى طلب الدلو فلو سقط الفرض تنجس وفسد البئر وفيه لا يخفى ولمحمد رحمه الله في طهارة الرجل عدم اشتراط الصب فانه لم
يكن شرطا لا استعماله وانتفاء واسقاط الحكم في طهارة الماء عدم نية التقرب فان السبب عنده ليس الا اقامة القربة
بالنية ولم يوجد فكان هذا السبب منتفيا كالسبب في ولد الغصب فينتفي الحكم باستقائه ولابي حنيفة رحمه الله في نجاسة
الماء اسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة فان الماء يصير به مستعملا وان لم يوجد النية لانها ليست بشرط سقوط
الفرض وفي بقاء الرجل نجسا بقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل نجاسة الماء المستعمل لان النية لم
تشترط لسقوط الفرض عنده سقط الفرض بالانغماس فصار الماء مستعملا والرجل متلبس به فتنجس نجاسته وعنه ان الرجل طاهر
لان الماء لا يعطى حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه لكونه اكثر مناسبة لاصله نعم على اول قوله لا يجوز له
الصلاة ولا قراءة القرآن وعلى الثاني يجوز له القراءة دون الصلاة وفيه نظر وعلى الثالث يجوز كلاهما وانما قدم قول ابي يوسف
ولم يوسطه كما هو حقه لزيادة احتياجه الى البيان بسبب تركه اصله كما بينا. قوله وكل اهاب دبغ فقد طهر يتعلق
بدباغ الاهاب ثلاث مسائل طهارته وهي تتعلق بكتاب الصيد والصلاة فيه وهي تتعلق بكتاب الصلاة والوضوء منه بان يجعل
قربة وبه يتعلق بهذا الباب وانما قال الصلاة فيه بان يجعل ثوبا ولم يقل عليه بان يجعل مصلى وان كان الحكم فيهما واحدا لان البيان
في الثوب بيان في المصلى لزيادة الاشتمال ولانه منصوص عليه بقوله تعالى وثيابك فطهر وطهارة المكان ملحقة به بالدلالة
وانما ذكر الحكمين الاخيرين وان كان يفهم من الاول احترازا عن قول مالك رحمه الله فانه يقول يطهر ظاهره دون
باطنه فيصلى عليه لا فيه وانما قدم الخنزير على الآدمي لان الموضع موضع اهانة لكونه في بيان النجاسة وتأخير الآدمي في ذلك
اولى واستدل على الطهارة دون الاخيرين لان ثبوتها يستلزم ثبوتهما بقوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد
طهر وهو بعمومه لكونه نكرة اتصفت بصفة عامة حجة على مالك رحمه الله في جلد الميتة فانه يقول بانه لا يطهر لكنه
ينتفع به في الجامد من الاشياء ومن المائع يتعمل جرابا للحبوب دون السمن والخل وغيرهما فان قيل جلد الخنزير
والآدمي خارج عن عمومه فيجوز ان يخص منه جلد بالقياس عليه او بقوله صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب
اجيب بانه قياس فيه ابطال النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ايما اهاب دبغ الحديث والنهي عن الانتفاع باهاب
وهو اسم لجلد غير مدبوغ كذا قاله الخليل والاصمعي وليس ذلك داخلا في عموم قوله اهاب دبغ فيجوز تخصيصه
ولا تعارض بينهما لاختلاف المحل قوله وحجة على الشافعي رحمه الله عطف على قوله حجة على مالك فان الشافعي رحمه
الله يقول بعدم طهارة جلد الكلب بالدباغ وتخصيص الكلب موافق لما ذكر من الاسرار وذكر في المبسوط ان كل ما لا يؤكل لحمه
لا يطهر جلده بالدباغ عند الشافعي قياسا على جلد الخنزير والآدمي وعلى هذا لا فائدة في تخصيصه قوله وليس الكلب
بنجس العين جواب عن قياس الشافعي الكلب على الخنزير فانه لم يذكر في الكتاب واختلفت الروايات في كون الكلب نجس العين
فمنهم من ذهب الى ذلك قال شمس الائمة في مبسوطه والصحيح من المذهب عندنا ان عين الكلب نجس اليه يشير محمد في الكتاب

وقوله

وقوله وليس الميت بانجس من الكلب والخنزير قيل والاصح انه ليس بنجس العين لانه ينتفع به حراسة واصطيادا
وليس بنجس العين كذلك ولا يشكل بالسرقين فانه نجس بحاله وينتفع به لا بحاله للايقاد وغيره لانه انتفاع بالاهلاك
وهو جائز كالدنو من الخمر للاراقة وهو مختار المصنف. وقوله بخلاف الخنزير متصل بقوله لا جلد الخنزير لانه نجس العين
اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه فان قيل المقصود بالذكر في الكلام هو المضاف فيجب ان يرجع
اليه الضمير اجيب بان المضاف اليه قد يكون مقصودا ايضا كان يقول مثلا رأيت ابن زيد فانه يجوز ان يقول وحرمته
على الاشتغال بكون الضمير راجعا الى المضاف لانه المقصود ويجوز ان يقول فاخبرته بان ابنك هذا فاضل فيكون
راجعا الى المضاف اليه كقوله والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه فان الضمير يجوز ان يرجع الى كل من المضاف والمضاف
اليه ورجوعه الى المضاف اليه فيما نحن فيه اولى لكونه اشمل للاجزاء واحوط في العمل لان الضمير ان رجع الى اللحم
لم يحرم غيره وان رجع اليه يحرم بغير اللحم دائر بين ان يحرم ولا يحرم فيحرم احتياطا وذلك يرجح الضمير الى المضاف اليه
وقوله وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي متعلق بقوله والآدمي ومعناه كالاهاب خلا في جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدباغ
لنجاسة عينه وجلد الآدمي لكرامته لئلا يتجاسر الناس على من كرمه الله بابتذال اجزائه مخرجا عما رويناه يعني من قوله
صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ الحديث فان قلت ما وجه خروجهما عن المروي اهو تخصيص فيحتاج الى مخصص
مقارن على ما هو المذهب ام هو نسخ فيحتاج الى ناسخ متأخر قلت عدم طهارتهما ثابت بالكتاب فان كان متأخرا عن
الحديث فهو ناسخ لا محالة وان كان متقدما عليه منع التناول لتقرره في الشرع وخبر الواحد لا يعارضه فضلا ان
ينسخه وان كان مقارنا كان مخصصا والخروج عن حكم الحديث ثابت في الجميع فعبر بقوله مخرجا. وقوله ثم ما يمنع النتن
والفساد بيان لما يدبغ به ذكره باسطر اذ ذكر الدباغة قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن
حماد عن ابراهيم قال كل شيء يمنع الجلد من الفساد فهو دباغ فيتناول التتريب لان المقصود وهو منع الفساد
وزوال الرطوبات النجسة يحصل بذلك فلا معنى لاشتراط غيره من قرظ او عفص او شث او نحوها كما شرطه
الشافعي رحمه الله وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة يعني الذكاة الحاصلة من الاهل بالتسمية فان ذكاة المجوسي
ليست بمطهرة وذكر الضمير في لانه لان الذكاة بمعنى الذبح وانما تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة لانه يمنع
من اتصالها به والدباغ يزيل بعد الاتصال ولما كان الدباغ بعد الاتصال مزيلا ومطهرا كان الذكاة المانعة من الاتصال
اولى ان تكون مطهرة. وقوله وكذلك يطهر لحمه اي لحم ما ذبح حتى اذا وقع في ماء قليل او صلى ومعه من لحم الثعلب المذبوح او نحوه اكثر
من قدر الدرهم جازت. وقوله هو الصحيح احتراز عما قال في الاسرار وغيره انه نجس لان الحرمة فيما يصلح للاكل لا لكرامة
دليل النجاسة ولم يحكم بطهارة الجلد مع اتصال اللحم به واجابوا بان بين اللحم والجلد جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد
الغليظ فلا يتنجس والذي اختاره المصنف وصححه هو المنقول عن الكرخي وصححه صاحب التحفة وذلك لان الجلد يطهر باتفاق
اصحابنا واللحم متصل به فكيف يكون نجسا وملاقاة النجس الطاهر ينجسه بالاتصال الذي لا يزول الا بالتسليخ وما قيل الجلدة
الرقيقة موهوم وعلى تقدير تحققه فاما ان تكون طاهرة او نجسة ولا يخفى عند السلخ بين الجلد واللحم امر ثالث لا محالة فهي
اما متصلة باللحم او الجلد فان كانت متصلة به اتصالا لا ينفك تكون طاهرا لكن الفرض انه طاهر واللحم متصل به اتصالا لا ينفك فكيف
يكون نجسا وذلك واضح لا يخفى على المتأمل هذا هو الذي حمل المصنف رحمه الله على تصحيح رواية طهارة اللحم والجواب
عن قولهم ان الحرمة فيما يصلح للاكل لا لكرامة دليل النجاسة انه مسلم ولكن علة النجاسة هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه
عند الموت كما تقدم وهي ههنا منتفية فقد انتفت ههنا بالذبح فينتفي كما قلنا في ولد المغصوب. وقوله وشعر الميتة
وعظمها وعصبها طاهر ذكره باعتبار انه اذا وقع في الماء هل يجوز به الوضوء او لا عندنا يجوز به الوضوء لكونها طاهرة
وقال الشافعي نجس لانه اي كل واحد منها من اجزاء الميت والميت نجس بجميع اجزائها انا لا نسلم ان كل جزء من الميت نجس
بل النجس منه ما كانت فيه حياة زالت بالموت وهذه الاشياء لا حياة فيها حتى لا يتألم بقطعها الحيوان فان قطع قرن البقرة لا
يؤلمها وجز صوف الغنم كذلك فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحياة ثم هذا يشير الى ان بين الموت والحياة تقابل العدم والملكة

وقال بعض المشايخ هما صفتان موجودتان بقوله تعالى خلق الموت والحياة والمخلوق لا يكون عدماً اجيب بان المراد بالخلق التقدير
والعدم مقدر لا ايجاد لما ذكرتم من الدليل استدلال في مقابلة النص لان الله تعالى قال من يحيي العظام وهي رميم فلا خفاء في دلالته على
ان في العظم حياة لان المراد به من يحيي صاحب العظام وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه لا ينتفع
به ولا يجوز بيعه مع امكان الانتفاع به فكان نجساً ولنا ان حرمة الانتفاع به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته وقد صح ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم حلق شعره وقسمه بين اصحابه وذلك دليل طهارته

فصل

لما ذكر حكم الماء القليل بانه ينجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ورد عليه ماء البئر نقضاً فانه لا ينزح كله في بعض الصور فذكر
ماء البئر في فصل على حدة بياناً لوجه المخالفة قوله واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت قيل نزحت البئر مائها وهذا حذف المضاف لعدم
الالتباس لما ان نزح عين البئر غير ممكن ونزح النجاسة لا يستحق اسم المسئلة فتعين ما قلنا والنازحت باعتبار الاسناد الظاهري ولا
تقول لو كان نزح ما فيها من الماء دليل على ما قلنا فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر كذا في النهاية وفيه نظر
لانه حينئذ لم يكن لاخراج النجاسة ذكر ولا تطهر البئر الا باخراجها وعن هذا ذهب بعض الشارحين الى حمل نزحت النجاسة وجواب
اذا هو المجموع من قوله نزحت الى قوله طاهرة لها ويكون تقديره نزحت النجاسة وكان نزح ما فيها من الماء طهارة وانزلنا التركيب
الجملي على هذا التقدير اي يقال نزحت النجاسة والماء وكان نزح ما فيها الى اخره ولو جعل نزحت في الحقيقة مسنداً الى ما هو يعود
المعنى نزحت ما في البئر لينا ولا النجاسة والماء جميعاً وكان نزحها بمجرى النهر اندفع ذلك كله قوله وكان نزح ما فيها من الماء طهارة
لها اشارة الى انه يطهر بمجرد النزح من غير توقف على غسل الاحجار ونقل الاوحال والمراد بالسلف الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم
ومسائل البئر مبنية على اتباع الآثار دون القياس لان القياس احد الامرين اما ان يطهر البئر طماً لتنجس الاوحال والجدران لانه لا يطهر
ابداً اذا انبع الماء من اسفله لكونه كالماء الجاري قال محمد رحمه الله اتفق رأيي ورأي ابي يوسف ان ماء البئر في حكم الماء الجاري لانه
نركنا القياس واتبعنا الآثار قوله فاذ وقعت اشارة الى ما يجب نزحه من الماء بحسب ما يقع فيها من النجاسة قوله ووجه
الاستحسان فواحد وهي الاستحسان وهو الضرورة على ما ذكره ولا فرق على هذا الوجه بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر
وروث الفرس والحمار وخثي البقر والجاموس وبعر الابل والغنم لشمولها الضرورة المذكورة في الكتاب لكن يفرق بين ابار
الامصار والفلوات فان ابار الامصار لها رؤوس حاجزة والوجه الآخر ان البعرة شيء صلب وعلى ظاهرها رطوبة الامعاء فلا
يتداخل الماء في اجزائها وعلى هذا لا فرق بين ابار الامصار والفلوات ويفرق بين الصحيح والمنكسر فان المنكسر يتداخله النجاسة
فيفسد والبعر والروث والخثي لا صلابة لهما فيتداخل الماء في اجزائها فيتنجس الماء واذا عرفت فاعلم
ان اختلاف اقوال المشايخ رحمهم الله في جعل الكل مفسداً وجعل بعضه مفسداً دون بعض مرجعه الى وجه الاستحسان
قوله والضرورة في الكثير هو ايضاً على الوجه الاول واما الوجه الثاني فيقتضي عدم التفرقة بين القليل
والكثير لان الصلابة والامساك في الجميع موجود قوله وهو ما يستكثره الناظر اشارة الى ما هو المختار عنده
في حد الكثرة فان منهم من قال الكثير هو ان يغطي وجه ربع الماء وقيل وجه اكثره وقيل ان لا يخلو دلو من بعرة قال
الامام التمرتاشي ذكر البعرتين اشارة الى ان الثلاث كثيرة واما قال وعليه الاعتماد لان ابا حنيفة رحمه الله لا يقدر شيئاً بالرأي
في مثل هذه المسائل التي تحتاج الى التقدير فكان هذا موافقاً لمذهبه رحمه الله فلهذا قال وعليه الاعتماد قوله
ترمى البعرة وتشرب اللبن معناه لا ينجس اذا رميت قبل ان يتغير لونه قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولا ينجس اذا رميته من ساعته
ولم يبق لها لون لان الضرورة لان من عادتها انها تبعر عند الحلب وللضرورة اثر في اسقاط حكم النجاسة قوله وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه اي الاناء بمنزلة البئر في عدم تنجس الاناء بالبعرة والبعرتين كالبئر قال وان وقع فيها خرء الحمام والعصفور
خرء الحمام والعصفور طاهر عندنا وقال الشافعي رحمه الله انه نجس وهو القياس لانه غذاء استحال الى نتن وفساد فاشبه
ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين نوع يحيله الى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس ونوع يحيله الى صلاح كالبيض
واللبن والعسل وهذا من النوع الاول فاشبه خرء الدجاج وهو نجس بالاتفاق واستحسن علماؤنا رحمهم الله طهارته
بدلالة الاجماع فان الصدر الاول ومن بعدهم اجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى مسجد الحرام وورد الامر بتطهيرها

بقوله تعالى ان طهرا بيتي قوله صلى الله عليه وسلم شرف وعظم جنبوا المساجد صبيانكم وفي ذلك دلالة ظاهرة
على عدم نجاسته واصله حديث ابي امامة الباهلي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم شكر الحمامة فقال انها اوكرت
على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله بان جعل المساجد ماواها قوله واستحالة لا الى نتن جواب الشافعي ووجهه
ان موجب التنجس النتن والفساد والنتن هاهنا غير موجود وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل وان قال الفساد وحده
مما يوجبه قلنا منقوض بالمني فانه قد يفسد وهو طاهر وسائر الاطعمة تفسد بطول المكث ولا ينجس على انه ان
تنجس فيما نحن فيه سقط للضرورة قوله فاشبه الحماة يعني في النتن دون الفساد قوله فان بالت
اي في البئر شاة اصل هذه المسئلة ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد ان وقع في الماء القليل لا ينجسه ويجوز
الوضوء به الا ان يغلب على الماء فيخرج عن طهوريته نجس عندهما ان وقع منه قطرة في البئر افسدته والكثير الفاحش
منه يمنع جواز الصلاة لمحمد رحمه الله حديث العرنيين وقصته ما روي ان قوماً من عرينة بتصغير عرنة
وادي عرفات سميت بها قبيلة ينتسب اليها العرنيون بحذف ياء قبيلة كقولهم الجهنيون اتوا المدينة فاجتووها
اي لم يوافقهم فاصفرت الوانهم وانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يخرجوا الى ابل
الصدقة ويشربوا من ابوالها والبانها فخرجوا وشربوا وصحوا ثم ارتدوا وقتلوا الرعاة واستاقوا الابل فبعث رسول
الله صلى الله عليه وسلم في اثرهم قوماً فاخذوا وقطعوا ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وتركهم في شدة الحر حتى
ماتوا ووجه الاستدلال انه امرهم بشرب ابوال الابل ولو كان نجساً لما امرهم بذلك لكونه حراماً وقد قال عليه السلام
ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ولهما قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول فان عامة عذاب القبر منه ووجه
الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم امر باستنزاه البول من غير فصل والامر للوجوب ومما يؤيده ما روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم شيع جنازة سعد بن معاذ وكان يمشي على رؤوس اصابعه من ازدحام الملائكة التي حضرت الصلاة عليه فلما
وضع في القبر ضغطته الارض ضغطة كادت تختلف اضلاعه فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سببه فقال انه
كان لا يستنزه من البول ولم يرد به بول نفسه فان من لا يستنزه لا تجوز صلاته وانما اراد بول الابل عند معالجتها قوله
ولانه يستحيل الى نتن وفساد فهو دليل معقول وقد تقدم بيانه وما رواه محمد من حديث انس فقد ذكر قتادة عن انس انه رخص
لهم في شرب البان الابل ولم يذكر الابوال وانما ذكر في حديث حميد عن انس فقد بين انه يكون حجة وان لا يكون فسقط الاستدلال
به وقيل انه منسوخ وقد ذكرنا الحديث في تقرير شرح اصول فخر الاسلام والبطلان ثم قال المصنف وتاويل
ما روي انه عليه السلام عرف شفاءهم فيها ولا يوجد مثله في زماننا فلا يحل شربه لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض
عن الحرمة وابو يوسف نظر الى القصة فقال يحل للتداوي لا لغيره ومحمد لما طهره لم يبق فرق بين ذلك وبين اللبن
فحل شربه للتداوي ولغيره قال وان ماتت فيها فارة او عصفورة حاصل هذه المسائل ان الحيوان الواقع في
البئر لا يخلو من اوجه سبعة اما ان يكون فارة ونحوها او دجاجة ونحوها او شاة ونحوها وكل منها اما ان يخرج حياً او
ميتاً والميت اما ان يكون منتفخاً او لا واما اخرج حياً لا ينجس في الفصول كلها الا الخنزير لكونه نجس العين والكلب عند من يقول
نجاسة عينه والصحيح عند المصنف رحمه الله انه ليس بنجس العين كما تقدم واما اخرج ميتاً فعلى الوجه الاول وهو ما
اذا كان الميت فيها فارة او عصفورة او صعوة قال المطرزي الصعو صغار العصافير الواحد صعوة وهي
والسودانية طويرة الذنب وهي تاكل العنب والجراد وسام ابرص الكبير من الوزغ ولم يشتق نزح منها ما بين
عشرين الى ثلاثين دلواً بحسب الدلو كبرها وصغرها قيل الصاع كبير وما دونه صغير يعني ينقص عن العشرين ويزاد
عليه في الصغير قوله يعني اخراج الفارة يعني ان النزح انما يكون معتبراً اذا كان بعد اخراج الفارة لان سبب نجاسة
البئر حصول الفارة الميتة فيها فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة لحديث انس رضي الله عنه انه
قال في الفارة اذا ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلواً والعصفورة حكمها حكم الفارة وكذا الحكم في الفارتين
الواحدة الى الاربع وفي الخمس اربعون الى التسع وفي العشر ينزح ماء البئر كله فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله

وقوله والعشرون بطريق الايجاب والثلاثون بطريق الاستحباب انما ذكر ذلك لان الرواية قد اختلفت فيه اختلافا كثيرا فورد في بعض الروايات ينزح منها دلو وفي رواية عشرون وفي رواية ثلاثون وفي رواية اربعون فاخذ بعضهم اوجب عشرين وبعضهم اوجب اقل من عشرين وبعضهم اكثر من عشرين فاخذ علماؤنا رحمهم الله بالعشرين لانه الوسط بين القليل والكثير فكان واجبا للتعيين وما وراءه استحبابا وفيه نظر لان هذا المعنى موجود في ثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب والاولى ما قيل ان السنة جاءت في رواية انس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الفارة اذا وقعت في البئر فماتت فيها انه ينزح منها عشرون دلوا او ثلاثون دلوا هكذا رواه ابو علي الحافظ السمرقندي باسناده واو للتخيير فكان الاقل ثابتا بيقين وهو معنى الوجوب والاكثر يؤتى به للاحتياط كذا قال الفقيه المروزي وان كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب وفي الوجه الثاني وهو ما يكون الميت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور ينزح ما بين اربعين الى ستين وكلامه ظاهر وقوله وهو الاظهر قيل لان الجامع الصغير اخر التصنيفات فيكون القول المذكور فيه هو المرجوع اليه وفي الوجه الثالث ما يكون الميت فيها شاة او ادميا او كلبا ينزح جميع ما فيها وكلامه ظاهر قال ثم المعتبر تفسير الدلو لانه ذكر مبهمة فاحتاج الى تفسيرها وقيل دلو يسع فيه صاع وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة قوله ولو نزح منها بدلو عظيم مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وهو نزح المقدار الذي قدره الشرع قال في الاصل اذا وقع في البئر فارة فجاؤوا بدلو عظيم يسع عشرين دلوا فاستقوا به مرة واحدة اجزاهم وهو احب الي لان القطرة الذي تعود منه الى البئر اقل وعن الحسن انه لا يطهر بمرة واحدة لانه بتواتر الدلاء يصير الماء في معنى الجاري وقلنا ان المقدار الشرعي الدلاء لا تقدير فيه عرفنا ان المعتبر القدر المنزوح وان معنى الجريان ساقط وذلك يحصل بالدلو العظيم هذا كله اذا لم ينتفخ الحيوان فان انتفخ او تفسخ فيها نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وذلك لان عند الانتفاخ والتفسخ ينفصل بلة نجسة فكان كالقطرة من الدم او الخمر فتنتشر في الماء ولهذا قال محمد رحمه الله في ذنب الفارة وقعت في البئر ينزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفارة والتفسخ الجسد قال وان كانت البئر معينا يجوز ان يكون من عنت اي بلغت العيون ويجوز ان يكون اصله من امعنت اي غارت وماء معين اي جار ويكون فعيلا وكان ينبغي ان يقال معينة لان البئر مؤنثة وانما ذكرها حملا على اللفظ او توهم انه فعيل بمعنى مفعول وقوله لا يمكن نزحها صفة وقوله اخرجوا جواب المسألة وقوله مقدار ما كان فيها من الماء اشارة الى ان الاعتبار للماء الذي كان زمن وقوع النجاسة وقوله فينزح لكل قدر منها عشر دلاء حتى اذا كان طول الماء عشر قصبات فانتقص بعشر دلاء قصبة واحدة يعلم ان كل الماء مائة دلو فينزح تسعون دلوا اخرى وقوله بنى جوابه على ما شاهد في بلده بغداد من غالب مياه ابار بغداد لا تزيد على ثلاث مائة دلو وقوله ولم تقدر الغلبة بشيء لانها متفاوتة والنزح الى ان يظهر العجز امر صحيح في الشرع لان الطاعة بحسب الطاقة وقوله كما هو دابه اي عادته فان عادته ان يفوض مثل هذا الى راي المبتلى به كما تقدم من قوله وهو ما يستكثره الناظر وكما في حبس الغريم وحد التقادم وقوله وهذا اشبه بالفقه اي بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة لان الاخذ بقول الغير هو المرجع فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وكما في جزاء الصيد حكم فيه ذوا عدل لعلمهما وكالشهادة حيث قال واشهدوا ذوي عدل منكم وشرط البصارة لهما في امر الماء ولان الاحكام انما تستفاد ممن له علم بها بخلاف اهل الذكر وهذا القول اي الاخذ بقول رجلين مروي عن ابي نصر محمد بن سلام رحمه الله قوله وان وجدوا في البئر فارة او غيرها كلامه ظاهر وقوله لان اليقين لا يزول بالشك بيانه ان الماء كان طاهرا بيقين ووقع الشك في نجاسته فيما مضى واليقين لا يزول بالشك فلا يحكم بالنجاسة الا زمان التيقن بوقوع النجس لان اليقين يزول بيقين مثله وهذا هو القياس كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته فانه لا يلزمه اعادة شيء من الصلوات ولابي حنيفة رحمه الله ان لموت الحيوان في البئر سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء وهو ظاهر وكل ما له سبب ظاهر يحال به عليه كمن جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش الى ان مات يحال موته على تلك الجراحة وان احتمل ان يكون الموت بغير الجرح والنهش لان الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر الا ان الانتفاخ دليل تقادم العهد

وادنى حد التقادم في ذلك ثلاثة ايام الا ترى ان من دفن بلا صلاة يصلى على قبره ثلاثة ايام ولا يصلى عليه بعد ذلك لانه يتفسخ في هذه المدة فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم لان اقل المقادير في باب الصلاة يوم وليلة فان ما دونه ساعات لا يمكن واما مسألة النجاسة فقد قال المعلى الى اخره

فصل في الاسار وغيرها

لما فرغ من بيان فساد الماء وعدمه باعتبار وقوع النفس الحيوانية فيه ذكرهما باعتبار ما يتولد منهما وهو السؤر وهو بقية الماء التي يبقيها الشارب في الاناء ثم عم استعماله فيه وفي الطعام والجمع الاسار وهي اربعة عندنا طاهر كسؤر الادمي ومكروه كسؤر الهرة ونجس كسؤر الخنزير وسباع البهائم ومشكوك فيه كسؤر البغل والحمار قال وعرق كل شيء معتبر بسؤره قيل كان الواجب ان يقول وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لان الكلام في السؤر لا في العرق وليس بصحيح لان المصنف اراد ان يبين في ضمن الاسار العرق فلو قال وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لوجب ان يقول بعده عرق الادمي كذا وعرق الكلب كذا وعرق الخنزير كذا وكان الفصل اذ ذاك للعرق لا للسؤر ولا ينتقض بسؤر الحمار فانه مشكوك فيه وعرقه طاهر لان الشك في طهوريته لا في طهارته قوله لانهما اي اللعاب والعرق وان لم يذكره لان السؤر هو ما خالطه اللعاب فكان ذكر السؤر ذكرا له وسؤر الادمي وما يؤكل لحمه كالابل والبقر والغنم ونحوها طاهر قيل ينبغي ان يعتبر كره لكلا يدخل فيه سؤر الدجاجة المخلاة فانه ماكول اللحم وسؤره مكروه كما سياتي وليس بشيء لانه ماكول اللحم غير طاهر السؤر فلا مانع من الدخول فيه وقوله لان المختلط به اللعاب وقوله ويدخل في هذا الجواب الجنب لكونه ادميا والجنابة لا اثر لها في ذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لقي حذيفة رضي الله عنه فمد يده ليصافحه فقبض يده وقال اني جنب فقال صلى الله عليه وسلم المؤمن لا ينجس وبعد ما سقط ما قيل ينبغي ان يكون سؤر الجنب نجسا على قول ابي يوسف لوجود سقوط الفرض عن فمه بشربه لانه تعليل في مقابلة النص على انه في مكان الضرورة فيسقط حكم النجاسة كسقوطه عند ادخال اليد الاناء والحائض لما روي ان عائشة رضي الله عنها شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمه على موضع فمها وشرب والكافر لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين ولو كان عين المشرك نجسا لما فعل ذلك ولا يعارض بقوله تعالى انما المشركون نجس لان المراد به الخبث في الاعتقاد وقوله وسؤر الكلب نجس ظاهر وقوله فاذا نجس الاناء فالماء اولى يشير الى انه ثابت بالدلالة فان الاجماع لما انعقد على وجوب غسل الاناء بولوغه ولسانه لم يلاقه وانما لاقى الماء كان دليلا على نجس ما يلاقيه بطريق الاولى قيل يجوز ان يكون المراد بولوغ الكلب الا الحسه فيكون لسانه ملاقيا للاناء فلا يتم الاستدلال بالاولوية واجيب بان الولوغ حقيقة في شرب الكلب واشباهه المائعات باطراف لسانه والكلام لحقيقته اذا لم يصرف عنه قرينة قوله وهذا اي هذا الحديث يفيد النجاسة نفيا لقول مالك والعدد نفيا لقول الشافعي في اشتراط السبع قوله ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث اي بالاتفاق وقوله فما يصيبه سؤره وهو دونه لان مالكا رحمه الله يقول بطهارة سؤره ولم يقل احد بطهارة بوله بالثلث فلان يطهر سؤره اولى قيل فيه نظر لان عند الشافعي بوله ودمه وسائر ما هو منه نجس لا يطهر الا بالغسل سبعا ذكره في المهذب ويجوز ان يكون ثمة رواية عنه اطلع عليها اصحابنا فيكون الالزام عليها وقوله والامر الوارد بالسبع جواب عما يستدل به الشافعي مما روى عبد الله بن المغفل انه عليه السلام قال اذا ولغ الكلب في اناء احدكم فاغسلوه سبعا وعفروا الثامنة بالتراب فانه محمول على الابتداء منعا لهم من الاقتناء على ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من اقتنى كلبا الا كلب ماشية او صيد نقص من اجره كل يوم قيراط والدليل عليه انه قال وعفروا الثامنة بالتراب والتعفير ليس بواجب بالاتفاق فان قيل يجوز ان يكون المراد بغسل الاناء التعبد لا ازالة النجس اجيب بانه لو كان كذلك لوجب غسل غير موضع النجاسة كما في الحدث والواجب ههنا غسل موضع الاصابة بالاجماع فكان الغسل لازالة النجاسة لا للتعبد وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين فكان لحمه نجسا واللعاب يتولد منه وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رحمه الله فيما سوى الكلب والخنزير لما مر في سؤر الخنزير واستدل الشافعي بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي

صلى الله عليه وسلم سئل فقيل أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال نعم وبما أفضلت السباع كلها والجواب أنه مرسل لا يصلح له الاحتجاج
به لأن راويه داود بن حصين لم يلق جابرا كذا قاله الجصاص ولئن صح فتأويله أن المراد به حمر الوحش وسباع الطير أو المراد
به الماء الكثير وهو محمول على ما قبل تحريمها توفيقا بين الأدلة ولم يذكر محمد أن نجاسته غليظة أو خفيفة وروي عن
أبي حنيفة أنه نجاسة غليظة وعن أبي يوسف أنه كبول ما يؤكل لحمه لأن الناس اختلفوا في سور ما يؤكل لحمه من السباع كما
اختلفوا في بول ما يؤكل لحمه فأوجب اختلافهم تخفيفا ههنا كما أوجب هناك وسور الهرة طاهر مكروه وقال أبو يوسف
غير مكروه وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي للهرة الإناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ولهما أنه يكره مع هذا
الحديث ولهما قوله صلى الله عليه وسلم الهرة سبع والمراد به بيان الفقه دون الخلقة والصورة لأنه صلى الله عليه وسلم
بعث لبيان الشرائع **قوله** فإن قيل فكان الواجب القول بنجاسته أجاب بقوله إلا أنه أسقطت النجاسة لعلة الطواف فبقيت
الكراهة **وقوله** لعلة الطواف يجوز أن يكون إشارة إلى الضرورة فإن حكم النجاسة يسقط بها كما مر غير مرة ويجوز
أن يكون إشارة إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تصلي وفي بيتها قصعة من هريسة فجاءت هرة فأكلت
منها فلما فرغت من صلاتها دعت جارات لها فكن يتحامين موضع فمها فمدت يدها وأخذت موضع فمها وأكلت
وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الهرة ليست بنجسة إنما هي من الطوافين والطوافات عليكم [illegible]
فإن قيل حديث أبي هريرة مأول ودون حديث عائشة فيقوى حديث عائشة بقوة حالها رتبة ولأنه تعارض المحرم والمبيح لما
رواه أبو يوسف من إصغاء الإناء لها على ما قبل التحريم **وقوله** ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وهو قول الطحاوي وهو يدل على
أنه إلى التحريم أقرب وقيل لعدم تحاميها النجاسة لأنها تتناول الجيف وهو قول الكرخي وهو يدل على أن كراهته كراهة تنزيه
قيل وهو الأصح والأقرب إلى موافقة الأثر **وقوله** ولو أكلت يعني الهرة طاهر **وقوله** والاستثناء على مذهب أبي
حنيفة وأبي يوسف يعني قوله إلا إذا مكثت ساعة لغسل فمها بلعابها لأنهما يجوزان إزالة النجاسة بالمائعات الطاهرة
ولكن الصب شرط عند أبي يوسف للتطهير وسقط ههنا للضرورة **قال** وسور الدجاجة المخلاة والمخلاة هي
الجائلة في عذرات الناس والمحبوسة على خلافها والمحبوسة على وجهين أحدهما أن تكون محبوسة في بيت نفسها والثاني
أن تكون محبوسة للتسمين ويكون رأسها وأكلها وشربها خارج البيت الأول لتجول في عذرات نفسها دون الثانية وإنما
قيد بقوله بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها إشارة إلى الوجه الثاني فإنها إذا كانت كذلك وقع الأمن عن مخالطة
النجاسة بخلاف غيرها **وقوله** وكذا سور سباع الطير معطوف على قوله وسور الدجاجة المخلاة ليكون داخلا في حكم
الكراهة وفي القياس اعتبارا بسباع الوحش وجه الاستحسان أنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم لأنها
تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها واستدل المصنف رحمه الله على كراهته بما يشبه به المخلاة وهو أكل الميتات الحالي ما
بعا وعن أبي يوسف أنها أي سباع الطير إذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ
هذه الرواية **قال** الفقيه أبو الليث روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال إن كان هذا الطير لا يتناول
الميتة مثل البازي الأهلي ونحو ذلك فلا يكره الوضوء **وقوله** وسور ما يسكن البيوت طاهر **وقوله** والتنبيه على
العلة في الهرة قيل معناه ونفي التنبيه على العلة التي كانت في الهرة وقيل هو جواب سؤال تقريره ما ذا الذي دلكم على كون الطواف
علة لسقوط النجاسة ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم علل لسقوط النجاسة عن سور الهرة بعلة الطواف بقوله عليه الصلاة
والسلام إنها من الطوافين عليكم والطوافات دفعا للحرج وقد وجد الطواف في سواكن البيوت أزيد منه في الهرة فإن [illegible]
إذا سدت لا يمكن أن تدخل الهرة فيه وأما سواكن البيوت كالحية والفأرة فإنها لا يمكن منعها عن الطواف فكان تنبيها على سقوط
النجاسة فيها بطريق الأولى وكان العلامة الكردري يقول الله تعالى علل بسقوط وجوب الاستئذان بعلة الطواف في قوله
تعالى ليس عليكم إلى قوله طوافون عليكم بعضكم على بعض واستدل النبي صلى الله عليه وسلم في سور الهرة بتعليل الله فيه على سقوط النجاسة
ثم استدل أبو حنيفة بتعليله عليه السلام في سور الهرة على سقوط نجاسة سور سواكن البيوت لعلة الطواف **وقوله**
وسور الحمار والبغل مشكوك فيه هذه عبارة أكثر المشايخ وأبو طاهر الدباس أنكر أن يكون شيء من أحكام الله تعالى مشكوكا فيه

وقال

مشكوكا فيه وقال سور الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت الصلاة معه [illegible]
والمشايخ قالوا المراد بالشك التوقف لتعارض الأدلة [illegible]
طهور لعينه واختلف في أن الشك في طهارته أو طهوريته فقيل في طهارته [illegible]
[illegible]
الماء المطلق لم يجب عليه غسل رأسه [illegible]
[illegible] **قوله** وكذا اللبن [illegible]
[illegible] **قوله** وعرقه لا يمنع جواز الصلاة [illegible]
الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية فهو نجس نجاسة خفيفة وفي رواية [illegible]
المذكور في الكتاب **قال** [illegible] الروايات المشهورة **قوله** لكن [illegible]
[illegible] **قوله** وهو الأصح [illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible]
فإنه روي أن غالب بن أبجر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] فقال عليه السلام كل
من سمين مالك وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر **قال** شيخ
الإسلام هذا لا يقوى لأن لحمه حرام بلا إشكال [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
فإنه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يكره التوضي بسور الحمار والبغل وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
أنه قال لا بأس بالتوضي به ولم يترجح أحد القولين على الآخر فأوجب شكا **قال** شيخ الإسلام ولكن هذا لا يقوى
لأن الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا يوجب الإشكال كما في أن أخبر عدل أنه طاهر وأخبر آخر أنه نجس فإن الماء لا
يصير مشكلا وإن اختلفا في طهارة الماء ونجاسته وقد استوى الخبران لكن هذا أمر كالأصح أن دليل الشك هو التردد
في الضرورة فإن الحمار يربط في الدور فيشرب في الأواني فكان فيه الضرورة إلا أنها دون ضرورة الهرة والفأرة لدخولهما
المضايق دون الحمار فلو لم يكن ضرورة أصلا كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا إشكال ولو كانت الضرورة كضرورتهما
كان مثلهما في سقوط النجاسة وحيث ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا
للتعارض ووجب المصير إلى الأصل والأصل شيئان الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب لأن لعابه نجس
كما بيناه وليس أحدهما بأولى من الآخر فبقي الأمر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه فكان الإشكال في سوره عند علمائنا
بهذا الطريق لا للإشكال في لحمه ولا للاختلاف الصحابة في سوره هذا حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الإسلام رحمهما
الله وههنا نكتة لا بأس بالتنبيه عليها وهي أن طهارة اللعاب ونجاسته دائرتان على طهارة اللحم ونجاسته وقد قال
المصنف رحمه الله في أول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب ولا يخلو إما أن يكون المراد بالنجاسة النجاسة قبل الذبح
أو بعده فإن كان الأول كانت الشاة مساوية للكلب في أن لحم كل واحد منهما نجس بالمجاورة وإن كان الثاني
فكذلك في أن لحم كل واحد منهما طاهر بعد الذبح وذلك يقتضي شمول الطهارة أو النجاسة والحق أن المراد باللحم
الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل أكله بعد الذبح وبالنجس مقابله وطهارة سور الحمار والبغل في رواية والهرة
للضرورة وهذا لأنهما اشتركا في النجاسة المجاورة بالدم المسفوح قبل الذبح فإن الشاة لا تؤكل إذا ماتت حتف
أنفها واشتركا في الطهارة بعده لزوال النجس وهو الدم بلا فرق بينهما إلا أن الشاة تؤكل بعد الذبح دون الكلب

وقد دل الدليل على طهارة سؤر الشاة دون الكلب ولا فرق بينهما أيضا في الظاهر إلا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم
فعلم من هذا أن اللعاب المتولد من لحم مأكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره وإضافة الحكم إلى الفارق مبانة لحكم
الشرع عن المناقضة ظاهر هذا ما سنح لي والله أعلم **قوله** وعن أبي حنيفة أنه أي سؤر الحمار والبغل نجس **وقوله**
ترجيحا للحرمة والنجاسة يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بتعارض الأدلة والنجاسة متعلقة باختلاف الصحابة ويجوز أن يكون
معناه ترجيحا للحرمة لأن المحرم مرجح والنجاسة لأنه إذا ترجح المحرم تترجح النجاسة أيضا لامتناع الطهارة مع الحرمة
واستشكل بما أخبر عدل بحل الطعام وآخر بحرمته فإنه يرجح خبر الحل وعما إذا أخبر عدل بطهارة الماء وآخر بنجاسته فرجح الطهارة
وأجيب بأن تعارض الخبرين في الطعام يوجب التهاتر والعمل بالأصل وهو الحل ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط
لاستلزامه تكذيب الخبر بالحل من غير دليل فإن أدلة الشرع في حل الطعام وحرمته فيوجب الترجيح بلا دليل وهو تعطيل
الشرع الذي هو خلاف الأصل على ما عرف في الأصول والعمل بالاحتياط واجب عند عدم المانع وكذا تعارض الخبرين
في الماء يوجب التهاتر والعمل بالأصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة به والأصل عدمه فبقي الماء على أصله وهو
الطهارة وأما هاهنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين وقد تيقن جهة الحرمة فيه باتفاق الروايات
عن أصحابنا وهي مبنية على النجاسة على ما بينا فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل **قوله** والبغل من نسل الحمار ظاهر **وقوله**
فإن لم يجد غيرهما ظاهر **قوله** ولنا أن المطهر أحدهما يعني بأن المطهر في الواقع إما السؤر أو التراب فإن كان الأول
فلا فائدة في استعمال الثاني تقدم أو تأخر وإن كان الثاني فلا يضر التقديم فوجب الضم دون الترتيب والتخيير
في فيقيد راجع إلى قوله يتوضأ بهما ويتيمم في قول محمد رحمه الله **قوله** وسؤر الفرس طاهر عندهما معناه
طاهر **وقوله** في الصحيح احتراز عن الروايات الباقية فإنه ذكر في المحيط في سؤر الفرس عن أبي حنيفة أربع روايات
قال في رواية أحب إلي أن يتوضأ بغيره وهو رواية البلخي عنه وفي رواية الحسن عنه أنه يكره كلحمه وفي رواية
هو مشكوك كسؤر الحمار وفي رواية كتاب الصلاة هو طاهر وهو الصحيح **قال** فإن لم يجد إلا نبيذ التمر قال ذكر
نبيذ التمر في فصل الأسآر لأنه يشبهها خاصا سؤر البغل والحمار على قول محمد رحمه الله فإنه يقول بضم التيمم
إلى الوضوء به احتياطا كما سنذكره والكلام فيه في ثلاثة مواضع في وقت الجواز وفي جواز الوضوء به وفي نفسه فأما
الأول فهو الوقت الذي يجوز فيه التيمم وإليه أشار بقوله فإن لم يجد إلا نبيذ التمر يعني إذا عدم الماء المطلق وأما
الثاني فقد اختلف فيه وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في الجامع الصغير والزيادات أنه يتوضأ
به ولا يتيمم وذكر في كتاب الصلاة أنه إن توضأ به وتيمم أحب إلي **قال** شيخ الإسلام فيه إشارة إلى أنه لو توضأ
به ولم يتيمم جاز ولو عكس لم يجز والجمع بينهما مستحب والثالثة هي ما روى نوح ابن أبي مريم والحسن بن زياد أنه يتيمم
ولا يتوضأ وبه أخذ أبو يوسف أما وجه الرواية فما ذكره في الكتاب من قوله لحديث ليلة الجن وهو ما روى أبو رافع
وابن المعتمر عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معي من لم يكن في قلبه مثقال
ذرة من كبر فقام ابن مسعود رضي الله عنه فحمله رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نفسه فقال عبد الله ابن مسعود
خرجنا من مكة وخط رسول الله صلى الله عليه وسلم حولي خطا وقال لا تخرج عن هذا الخط فإنك إن خرجت عنه لم تلقني
إلى يوم القيامة ثم ذهب يدعو الجن إلى الإيمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر قال لي هل معك ماء أتوضأ
به فقلت لا إلا نبيذ التمر في إداوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرة طيبة وماء طهور وأخذ وتوضأ به وصلى
الفجر ووجه قول أبي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي العمل بآية التيمم فإنها تنقل التطهير عند عدم الماء المطلق
إلى التراب ونبيذ التمر ليس منه وكون الحديث مردودا لكونها أقوى من الحديث أو هو أي الحديث منسوخ بها
أي بآية التيمم لأنها مدنية وليلة الجن كانت بمكة فإن قيل نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عند الشافعي فكيف يستقيم
قوله أو هو منسوخ بآية التيمم أجيب بأن ذلك جواب أبي يوسف خاصة والمشترك بينهما هو قوله
عملا بآية التيمم وقال محمد رحمه الله يتوضأ به ويتيمم لأن في الحديث اضطرابا لأن مداره على أبي زيد مولى عمرو

ابن الحريث روى عنه أبو فزارة وكان نباذا وروى هذا الحديث ليهون على الناس أمر النبيذ وأبو زيد كان مجهولا عند النقلة
ولأنه روي عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود أنه قيل له هل كان أبوك مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال لا ولوددت
أن لو كان أبي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان مع النبي صلى الله عليه وسلم لكان فخرا عظيما ومنقبة له وتعقبه بعده
فأنكر كون أبيه مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان لما خفي على ابنه وفي التاريخ جهالة فإنهم اختلفوا في انتساخ هذا
الحديث لجهالة التاريخ فقال بعضهم ذلك بآية التيمم وقال بعضهم لم ينسخ لأن آية التيمم نزلت في شأن الأسفار
والنبيذ يستعمل في العادات فيما قرب من الأمصار فيجب الجمع احتياطا قلنا كان تبعا لغير واحد بمعنى أنها تكررت **قال**
في التيسير إن ليلة الجن أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعتين فيجوز أن تكون الدفعة الثانية في المدينة بعد آية التيمم
فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور ثبت بطرق مختلفة وعمل به الصحابة رضي الله عنهم كعلي روي عنه الحديث
أنه قال الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء ومروي عنه من طرق مختلفة أنه كان لا يرى بأسا بالوضوء بنبيذ التمر
عند عدم الماء وروى عكرمة عن ابن عباس أنه قال توضؤوا بنبيذ التمر ولا تتوضؤوا باللبن وروي عنه من طرق مختلفة أنه
كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر حال عدم الماء وهم كبار أئمة الفتوى فيكون قولهم معمولا به ومثله أي مثل هذا الحديث
المشهور يزاد على الكتاب **قال** أبو حنيفة رحمه الله إن اشتبه كون عبد الله مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ليلة الجن قلنا في الباب ما يكفي للاعتماد عليه وهو رواية هؤلاء الكبار من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين **قال**
وأما الاغتسال به أي بنبيذ التمر على قول أبي حنيفة فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضي
وهو وجود الحدث وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه لأن الآثار في الوضوء خاصة والغسل فوقه فلا يلحق به **قوله**
والنبيذ المختلف فيه بيان الموضع الثالث ذكر محمد في النوادر وهو أن يلقى تميرات حتى صار الماء حلوا رقيقا ولا يكون مشتدا
ومسكرا وما اشتد منها وصار مسكرا لا يجوز الوضوء به بالإجماع لأنه صار مسكرا حراما وإن غيرته النار فما دام حلوا رقيقا
يسيل على الأعضاء فهو على الاختلاف وإن اشتد جاز الوضوء به عند أبي حنيفة على شرح عنه ولم يجز عند محمد لحرمته عنده
ولا يجوز التوضي بما سواه من الأنبذة كنبيذ الزبيب والتين وغير ذلك لأن نبيذ التمر خص بالأثر على خلاف القياس
فيبقى الباقي على موجب القياس ولأنه علل بعلة قاصرة وهي كونها ثمرة طيبة علل باسم وصفه وهو لا يوجد في غيره
اعلم أن القدوري رحمه الله ذكر في شرحه عن أصحابنا أن التوضي بنبيذ التمر لا يجوز إلا بالنية كالتيمم لأنه بدل عن الماء
حتى كالتيمم حتى لا يجوز التوضي به حال وجود الماء ولو توضأ بالنبيذ ثم وجد ماء مطلقا ينتقض وضوءه كما ينتقض
التيمم بوجود الماء والله أعلم

باب التيمم

لما فرغ عن ذكر
الطهارة بالماء شرع في التيمم لما أنه خلف والخلف أن يعقب الأصل أو تقول ابتدأ بالوضوء ثم ثنى بالغسل
ثم ثلث بالتيمم تأسيا بكتاب الله فإن قيل كيف ترك التأسي بكتاب الله في تقديم المسافر وتأخير المصر على المريض
مع أن الله تعالى قدم المريض على المسافر في قوله وإن كنتم مرضى أو على سفر أجيب بأن التيمم مرتب على عدم الماء
وهو فيهما حقيقي وفي المريض حكمي والتيمم في اللغة القصد وفي الشريعة هو القصد إلى الصعيد للتطهير
فالاسم الشرعي فيه المعنى اللغوي وثبوته بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا
طيبا وكان نزولها في غزوة المريسيع حين عرس النبي صلى الله عليه وسلم ليلة فسقطت من عائشة رضي الله عنها قلادة لأسماء
فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونهما فأصبحوا وليس معهم
ماء فأغلظ أبو بكر رضي الله عنه على عائشة رضي الله عنها وقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين
على غير ماء فنزلت فلما صلوا بالتيمم جاء أسيد ابن الحضير إلى مضرب عائشة رضي الله عنها فجعل يقول ما أكثر بركتكم يا آل
أبي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه إلا جعل الله فيه للمسلمين فرجا وأما السنة فما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت وقوله
صلى الله عليه وسلم التيمم طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء والمراد بالماء ما يكفي لرفع الحدث الذي به لأن ما

دونه يستوي بوجوده وعدمه اذ لا يثبت به استباحة الصلاة فكان كالمعدوم لا يقال لما في قوله تعالى فلم تجدوا نكرة
في سياق النفي يتناول ما يسمى به قليلا كان او كثيرا وذلك يقتضي ان لا يجوز التيمم لا نجد استعمال ما معه من الماء
وان كان لا يكفي للوضوء كما في ازالة النجاسة الحقيقية كما هو مذهب الشافعي لانا نقول المراد به ما تجزئ به الصلاة لانه
اذ وجود الماء النجس لا يمنعه وان تناوله النكرة المذكورة والحمل يتوقف على ما يكفي بالاتفاق **قوله** او خارج المصر
منصوب لكونه حالا معطوفا على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما
تقولون ولا جنبا يجوز ان يكون مفعولا لاجله وهو رد لقول من يقول لا يجوز التيمم الا للمسافر ومعناه ويجوز التيمم
لمن هو خارج المصر وان لم يكن مسافرا اذا كان بينه وبين المصر في بعض النسخ بين الماء وهو اولى نحو الميل او اكثر وفيه
اشارة الى نفي جواز التيمم في الامصار الا في موضع المستثنى على ما سيأتي وذكر في الاسرار لو عدم الماء في الامصار
لجاز فيها ايضا لان الشرط عدمه فاينما تحقق بعد وجود المقتضي جاز وعلى هذا لا يكون **قوله** او خارج المصر اتفاقيا
بحسب العادة لما ان عدم الماء في الامصار نادر عادة قبل قوله او اكثر مستغنى عنه وهو ظاهر واجيب بانه تاكيد
لان معنى التاكيد هو ان يستفاد من الثاني ما استفيد من الاول وهذا كذلك ورد بان تخلل العاطف يأباه ه وقيل ذكره نفيا
لرواية الحسن عن ابي حنيفة ان الماء اذا كان قدامه فالمسافة ميلان وان لم يكن قبل وغيرها من الروايات على ما نذكره وهو
غير حسن ه وقيل مقدار البعد انما يعلم حزرا وظنا فاذا كان ظنه ان الماء من حيث هو فيه ميل او اكثر يتيمم وان كان ظنه انه
ميل او اقل لم يتيمم حتى اذا تحقق انه ميل يجوز وفيه نظر لان هذا مبني كلامه على انه يعلم حزرا او ظنا فمن اين يتحقق ذلك عـ
والمراد من عدم الوجدان عدم القدرة على استعمال الماء **قوله** الى عشر حج لكثرة لا للغاية لجواز التيمم في اكثر من ذلك
ايضا اذا لم يجد الماء **قوله** والميل هو المختار في المقدار احترازا عن غيره من الاقوال فانه روي عن محمد رحمه الله انه يجوز
التيمم اذا كان الماء على قدر ميلين وعن الكرخي ان كان في موضع يسمع صوت اهل الماء فهو قريب والا فهو بعيد وبه اخذ اكثر
المشايخ وقد ذكرنا آنفا رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عن زفر ان كان بحيث يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يجزيه التيمم
والا يجزيه وان قرب الماء منه والميل ثلث فرسخ والفرسخ اثنا عشر الف خطوة وقيل ان حاصل الميل ثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة
ذراع الى اربعة آلاف ذراع ووجه المختار انه يلحقه الحرج بدخول المصر بالوصول الى الماء في هذا المقدار من المسافة والحرج
مدفوع **قوله** والماء معدوم حقيقة يجوز ان يكون تعليلا لما يقال النص مطلقا عن ذكر المسافة فتقييده بالميل تقييد لمطلق
الكتاب بالرأي وهو لا يجوز وتقريره ان المنصوص عليه كون الماء معدوما وههنا معدوم حقيقة لكن يعلم بيقين ان عدمه مع
القدرة عليه بلا حرج ليس يجوز التيمم والاحكام لمن يسكن شاطئ البحر وقد عدم الماء من يده فجعلنا الحد الفاصل بين البعد والقرب
لحوق الحرج لان الطاعة بحسب الطاقة **قال** الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج **قوله** والمعتبر المسافة دون
خوف الفوت احترازا عما ذكرنا من قول زفر آنفا **قال** التيمم شرع لضرورة الحاجة الى اداء الصلاة في الوقت وقد
تحقق فيما نحن فيه وقلنا التفريط جاء من قبله من تأخير الصلاة فليس له ان يتيمم اذا كان الماء قريبا منه **قوله** تيمم لما تلونا
يعني قوله تعالى فان كنتم مرضى **قوله** ولان الضرر في زيادة المرض الى آخره لان ثمن الماء مال والمال خلق وقاية للنفس فكان
تبعا ولما كان الحرج مدفوعا عن الوقاية التي هي تبع فلان يكون مدفوعا عن الموقى الذي هو اصل اولى **قوله** فلا فرق بين ان يشتد
مرضه بالتحرك كالمبطون او بالاستعمال كالجدري والحصبة **قوله** واعتبر الشافعي خوف التلف اي تلف نفسه او عضوه
وهو اي اعتبار الشافعي مردود بظاهر النص لان قوله تعالى وان كنتم مرضى باطلاقه يبيح التيمم لكل مريض الا انه خرج من لا يشتد
مرضه به بقي الباقي على ظاهرها ه فان قيل لا نسلم اطلاق النص لتقييده بالعدم اجيب بان العدم شرط في حق المسافر
دون المريض **قوله** ولو خاف الجنب الى آخره ظاهره ظاهر ولم يذكر المحدث اذا خاف الهلاك من الوضوء في المصر وقال في الاسرار
هما سواء وذكر في المحيط اختلاف الرواية فيه تجوزه شيخ الاسلام ولم يجوزه الامام الحلواني **قال** والتيمم ضربتان
قيل في قوله ضربتان اشارة الى ان الضرب داخل في التيمم فمن ضرب يديه على الارض للتيمم واحدث قبل ان يمسح بهما وجهه
وذراعيه ثم مسح بهما لم يجز لانه احدث بعدما اتى ببعض التيمم فكان كمن احدث في خلال الوضوء وذكر الامام الاسبيجابي

جوازه

جوازه كمن ملأ كفيه ماء للوضوء ثم احدث ثم استعمله واختيار لفظ الضرب وان جاز الوضع ايضا للمبالغة في ايصال التراب
الى اثناء الاصابع **قوله** وبالاخرى ليديه الى المرفقين نفي لقول الزهري فانه يمسح الى الآباط وهو رواية عن مالك ولرواية
الحسن عن ابي حنيفة انه الى الرسغ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما **قال** وينفض النفض تحريك الشيء
ليسقط ما عليه من غبار او غيره **قوله** ولا بد من الاستيعاب يعني ان الاستيعاب شرط في التيمم حتى اذا ترك شيئا لم يمسح
كما في الوضوء **قوله** في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة فانه قال ان الاكثر يقوم مقام الكل لان في المسح
الاستيعاب ليس بشرط كما في مسح الخف والرأس وجه الظاهر ان التيمم قائم مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع
الخاتم ليتم المسح والاستيعاب في الوضوء شرط فكذا ما قام مقامه ولو الخليفة لكان المسح الى المناكب واجماعهم لا يقتضي
وهو ذكر الايدي في الكتاب والسنة ولا يلزم آية السرقة لان النبي صلى الله عليه وسلم بين محل القطع وهو المرتد بالقول والفعل
خلاف ما نحن فيه فان قيل قد دل الدليل على ان حقيقة اليد ليست مرادة فان الباء اذا دخل المحل تعدى الفعل الى الآلة فلا يقتضي
استيعاب المحل اجيب بان الباء صلة كما في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة فلا يقتضي بعض المحل وتحقيقه ذكرناه في
التقرير والانوار **قوله** والحدث والجنابة فيه اي في التيمم من حيث الجواز والكيفية سواء لانه سواء وهو قول اصحابنا
وعامة العلماء وهو المروي عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وقال بعض الناس لا يتيمم الجنب والحائض والنفساء
وهو المروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ومنشأ الاختلاف فيما بينهم ان قوله تعالى او لامستم
النساء محمول على المس باليد او على الجماع فذهب الاولون الى الثاني والآخرون الى الاول قالوا فالقياس ان لا يكون التيمم
طهورا وانما اباحه الله للمحدث فلا يباح للجنب لانه ليس في معناه حتى يصح القياس ولا ثبت في معناه ليلحق به بل هو
فوقه وقال الاولون الملامسة اريد بها الجماع مجازا لسياق الآية فان الله بين حكم الحدث والجنابة في آية الوضوء
ثم نقل الحكم الى التراب حالة عدم الماء وذكر الحدث الاصغر بقوله او جاء احد منكم من الغائط فحمل لامستم على الحدث
الاكبر ليتبين الطهارتان والحدثان مذكورين في آية البدل كما ذكر في آية الوضوء ولئلا يلزم التكرار لان الاصغر
مذكور في قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط في حق التيمم فحمل لامستم عليه تكرار ولئن سلمنا ان الله تعالى شرع
التيمم للمحدث فرسوله صلى الله عليه وسلم قد شرعه للجنب ايضا لما روي ان قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم
بارضكم وفي الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة حدث البخاري في صحيحه باسناده الى عمران بن حصين رضي الله عنه ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل في القوم فقال يا فلان ما منعك ان تصلي في القوم فقال يا رسول الله
اصابتني جنابة ولا ماء قال عليك بالصعيد فانه يكفيك **قوله** ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بيان لما
يجوز به التيمم **قوله** بكل ما كان من جنس الارض وههنا اصل الخليقة وهي ان الله تعالى خلق درة ونظر اليها فصارت ماء
ثم تكاثف منه فصار ترابا وتلطف منه فصار هواء وتلطف منه فصار نارا فكان الماء اصلا ذكره المفسرون وهو منقول عن
التوراة فاذا تعذر الطهارة بالاصل انتقل الى التبع واقيم مقامه والنبات كالحجر ونحوه والمعدني كالحديد وشبهه
ليس بتبع للماء وحده حتى يقوم مقامه وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي رحمه
الله لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا هكذا فسره ابن عباس رضي الله عنهما وهذا يقتضي القصر عليه
غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل في قوله الاول بما رويناه من قوله عليكم بارضكم ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض
وقال الزجاج في معاني القرآن لا اعلم بين اهل اللغة اختلافا في ان الصعيد وجه الارض وفي الصحاح عن ثعلب ان الصعيد
وجه الارض **قال** المصنف رحمه الله سمي به لصعوده وهو اشارة الى انه فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك كان
تقييده بالتراب المنبت تقييدا للمطلق بلا دليل والطيب يحتمل الطاهر كما في قوله تعالى حلالا طيبا فيحمل عليه لانه اليق بموضع
الطهارة الا ترى انه لو كان التراب المنبت نجسا لم يجز التيمم به اجماعا فعلم ان الانبات ليس له اثر في هذا الباب ومما يدل
على ذلك قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم **قوله** او هو مراد بالاجماع دليل آخر وتقريره ان الطيب مشترك بين الطاهر

والمبلّ والظاهر مراد بالاجماع كما مرّ آنفاً فلا يكون المبتلّ مراداً لان المشترك لا عموم له ثم لا يشترط ان يكون عليه اي على الصعيد
غبار يلزق باليد فيجوز التيمم بالكحل والآجر والمرداسنج والياقوت والفيروزج والمرجان والزمرد والزبرجد وان كانت ملساً
لا غبار عليها عند ابي حنيفة ومحمد في احدى الروايتين عنه لاطلاق ما تلونا من قوله تعالى فتيمموا صعيداً طيباً وفي رواية
اخرى عنه وهو قول ابي يوسف والشافعي واحمد لا يجوز بدونه لقوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه اي من
من التراب وهو كما ترى يوجب المسح بشيء من الارض لكون كلمة من للتبعيض والجواب ان الضمير يحتمل ان يعود الى الحدث او يحمل من
على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واستبعد الغاية وكذلك يجوز بالغبار بان نفض ثوبه او لبده مع القدرة على
الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما وابو يوسف رحمه الله لم يجوزه مع القدرة على الصعيد لان الغبار ليس بتراب
خالص ولكنه من التراب من وجه والمامور به التيمم بالصعيد فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه واما عند العجز عنه فيجوز
كالايماء عند العجز عن الركوع والسجود ودليلهما قوله لان الغبار تراب رقيق فان من نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب فكما يجوز
التيمم بالخشن فكذا بالرقيق والشرط في التيمم بالغبار المسح بيده لا مجرد اصابة الغبار مع النية فلو اصاب وجهه وذراعيه غبار
ونوى التيمم ولكن لم يمسح به وذراعيه لم يكن متيمماً والنية فرض في التيمم خلافاً لزفر هو يقول التيمم خلف عن الوضوء
وهو ظاهر لان الخلف فيما لا يجوز الاتيان به الا عند عدم وجدان الاصل وما نحن فيه كذلك لا محالة والخلف لا يخالف الاصل
في وصفه اي في وصفه الذي هو الصحة فان الوضوء بدون النية صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفاً للاصل في وصفه
وهو لا يجوز لخروجه عن الخلفية اذ ذاك ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه وقد تقدم البحث فيه وقيل ايضاً في تقريره
التيمم بدل عن القصد والقصد هو النية وامرنا بالتيمم والامر للوجوب فتشترط النية بخلاف الوضوء فان الامر
ثمة ورد بالغسل والمسح ولا دلالة لهما على النية وفيه نظر لان القصد المامور به هو قصد استعمال التراب وتفسير
النية في التيمم ان ينوي الطهارة او رفع الحدث او الجنابة او استباحة الصلاة وهذا غير ذلك لا محالة ولا يلزم من كون
احدهما مامورا به ان يكون الآخر شرطاً وقوله او جعل طهوراً دليل آخر وتقريره جعل التراب طهوراً بشرطين
بشرط عدم الماء وبشرط ان يكون التيمم للصلاة لان في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا بناء على قوله اذا قمتم الى الصلاة
وهذا غير ذلك لا محالة فلا يلزم من كون احدهما فاغسلوا وجوهكم والمراد به فاغسلوا للصلاة فكذا قوله فتيمموا للصلاة
فكما لا يفيد الطهارة حال وجود الماء فكذا لا يفيدها حال عدم النية قوله والماء طهور بنفسه جواب سؤال تقريره
ان الماء ايضاً في الآية جعل طهوراً في حالة مخصوصة كما ذكرتم فكان الواجب ان تكون النية شرطاً فيه وتقريره ان الماء
طهور بنفسه اي عامل بطبعه كما مر فلا يحتاج الى النية كما في ازالة النجاسة العينية وقوله ثم اذا نوى الطهارة ظاهر
وقوله هو الصحيح من المذهب احتراز عما قال به ابو بكر الرازي فانه كان يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث او الجنابة
لان التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز احدهما عن الآخر الا بالنية كصلاة الفرض عن النافلة ووجه ما قال في الكتاب ان
التيمم طهارة عن الاخر فلا يلزم نيتها اسبابها كما في الوضوء قال وان تيمم نصراني يريد به الاسلام نصراني
نصراني يتيمم يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمماً عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هو متيمم
لانه نوى قربة مقصودة اما القربة فلان الاسلام اعظم القرب واما انها مقصودة فلان المراد بها هاهنا ما لا يكون
في ضمن شيء آخر كالشروط واذا كان كذلك صح تيممه كالمسلم يتيمم للصلاة بخلاف ما اذا تيمم المسلم لدخول المسجد او مس
المصحف فانه لا يكون متيمما لان كل واحد منهما ليس بقربة مقصودة لحصوله في ضمن شيء آخر ولهما ان التراب ما
جعل طهوراً الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام ليس كذلك لانه يصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة
لانها قربة مقصودة على التفسير الذي ذكرنا لا تصح بدون الطهارة قال في النهاية في هذا اللفظ اشارة الى ان الكافر
لو نوى قربة بالتيمم لا تصح تلك القربة بدون الطهارة كان متيمما وليس الامر كذلك فان الكافر اذا تيمم للصلاة ثم اسلم لا يجوز
الصلاة بذلك التيمم فيصح على هذا ان الاسلام في مبسوطه بل المعول في التعليل انتفاء الكافر ليس لاهل للنية والتيمم
لا يصح بدون النية فلذلك لا يصح منه التيمم وعن هذا فرق ابو يوسف بين نيته للاسلام وبين نيته للصلاة فقال يكون متيمما

في الاول

في الاول دون الثاني [illegible]

[illegible]

فلا يكون محدثا وقيل ينبغي ان لا ينتقض عند الكل لانه تحول تيمم وبعوده ما لا يجوز تيممه عند الكل وقال
التمرتاشي وفي زيادات الحلواني في انتقاض تيمم النائم المار بالماء الكائن من غير ذكر خلاف. قوله والمراد ما يكفي
للوضوء يعني الماء الذي يمر عليه النائم وقد مر قبل. وقوله لان الطيب بعينه قوله تعالى صعيدا طيبا او يريد به
بالاجماع كما تقدم. قوله ويستحب لعادم الماء ظاهر فهذه المسألة تدل على ان الصلاة في اول الوقت افضل عندنا ايضا
الا اذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة والصلاة باكمل الطهارتين ورد بالتلبيس هذا مذهب الاصحاب
الا ترى الى ما صرح به صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقولهم ويستحب الاسفار بالفجر والابراد بالظهر في
الصيف وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس وتقديم المغرب وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل على ما سيأتي. وقوله لعادم الماء
ليس احترازا عن غير عادمه بل هو احتراز عن قول الشافعي فان عنده ان عادم الماء اذا رجا ان يجده في آخر الوقت يقدم الصلاة
وكذا قوله كما لا طامع في الجماعة ليس باحتراز عن غير الطامع بل هو الزام للشافعي لان مذهبه ان التأخير مستحب اذا كان انتجاعا
في الجماعة ونظيره قول الاصحاب في موجبات الغسل والتقاء الختانين من غير انزال فانه ليس احترازا عن الانزال لعدم الفرق

بين الانزال وعدمه في الموجبة لا محالة وانما هو احتراز عن قول الانصار قوله في غير رواية الاصول رواية الاصول رواية
الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات قوله
لان غالب الرأي كالمتحقق الا ترى ان الله تعالى سمى غالب الرأي علما فقال فان علمتموهن مؤمنات الآية ووجب العمل بخبر الواحد
والقياس لذلك قال الشيخ عبد العزيز رحمه الله هذا التعليل مشكل لانه يقتضي ان يجب التأخير عند التحقق في آخر
الوقت مع بعد المسافة في الروايات الظاهرة ليصح مقايسته وليس كذلك فانه قد ذكر في اول الباب ان من كان خارج المصر
يجوز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل واكثر وفي الخلاصة وعامة النسخ المسافر اذا كان على طمع من وجود الماء في آخر الوقت
او غالب ظنه ذلك جاز له التيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل وان كان اقل لا يجوز وان خاف الصلاة فلو حمل هذا يعني التعليل على
ان المراد ان التيمم لا يجوز في المتحقق في غير رواية الاصول فالحق به غالب الظن في هذه الرواية لم يستقم ايضا لانه على
وجه ظاهر الرواية بان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله وذلك يقتضي ان حكم العجز وهو جواز التيمم لا يزول
عند التيقن بوجود الماء في ظاهر الرواية وليس كذلك على ما ... وان حمل على هذا فيما اذا كان بينه وبين ذلك اقل من ميل في
عدم جواز التيمم كان لا فرق بينهما فيما اذا كانت المسافة اكثر من ميل في جواز التيمم وقد صرح في آخر هذا الباب بانه اذا
غلب على ظنه ان بقربه ماء لا يجزيه التيمم كما لو تيقن بذلك فعلم انه مشكل بقي وجه آخر وهو ان يحمل هذا اذا لم يعلم ان المسافة
قريبة او بعيدة فلو ثبت انه تيقن بوجود الماء في آخر الوقت فقد امن من الفوات وما لم يثبت بعد المسافة للشك فيه لم يثبت
جواز التيمم فيجب التأخير اما لو غلب على ظنه ذلك فهو كذلك عندهما في غير رواية لان الغالب كالمتحقق وفي ظاهر الرواية
لا يجب التأخير لان العجز ثابت لعدم الماء حقيقة وحكم هذا العجز وهو جواز التيمم لا يزول الا بيقين مثله وهو اليقين بوجود
الماء في آخر الوقت ولم يوجد فلا يجب التأخير ولكن هذا الوجه لا يخلو عن تمحل ويلزم عليه انه فرق هاهنا بين غلبة الظن
واليقين في ظاهر الرواية ولم يفرق بينهما فيما اذا غلب على ظنه ان بقربه ماء في عدم جواز التيمم ولا فيما اذا كانت
المسافة بعيدة في جواز التيمم كما بينا فالاظهر بقاء الاشكال قال ويصلي بتيممه اي بالتيمم الواحد
ما شاء من الفرائض والنوافل في وقت واحد او اوقات متعددة ما لم يجد الماء او يحدث وعند الشافعي يتيمم لكل فرض
لانه طهارة ضرورية اذ التراب ملوث في نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند رؤية الماء فلم يرتفع الحدث اذ لو
ارتفع الحدث لم يعد الا بحدث جديد ولكن ابيحت الصلاة الضرورية فاذا صلى الفرض فقد انتهت الضرورة ولا تعود الا بمجيء
وقت آخر وهو في حق النوافل دائمة له وامر شرعها فيبقى بالنسبة اليها ولنا انه اي التراب طهور ويشترط بقاء عمله
ما بقي شرطه كالماء فانه طهور ويشترط كونه طاهرا ويبقى عمله ما دام شرطه موجودا فان قيل هذه العبارة تقتضي
ان يكون وجود الشرط مستلزما لوجود المشروط وليس كذلك لا محالة فالجواب ان الشرط اذا كان مساويا للمشروط
استلزمه وهاهنا كذلك فان كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر لا محالة فجاز ان يستلزمه والله اعلم
قال ويجوز التيمم للصحيح في المصر ههنا ان كل ما يفوت لا الى بدل جاز اداؤه بالتيمم مع وجود الماء وصلاة
الجنازة عندنا كذلك لانها لا تعاد عندنا وكذلك صلاة العيد يفوت لا الى بدله قوله للصحيح احتراز عن المريض
فانه يجوز له التيمم في المصر وغيره وليا كان او غيره خاف الوقت او لم يخف قوله في المصر احتراز عن المفازة
لان اي التيمم جائز وليا كان او غيره لعدم الماء فيها غالبا قوله اذا حضرت جنازة لان الوجوب انما هو بحضورها
قوله والولي غيره لان المتيمم اذا كان وليا لا يجوز له التيمم لانه لا يخاف الفوت لان له حق الاعادة قوله
فخاف ان تفوته الصلاة لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم قوله وهو اي عدم جواز التيمم للولي رواية
الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله قوله وهو الصحيح احتراز عن ظاهر الرواية فان الجواب فيه جواز التيمم
للولي لما روي ان ابن عباس رضي الله عنهما قال اذا فجأتك جنازة وانت على غير وضوء فتيمم وصل عليها ولم يفصل بين الولي وغيره
وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما في صلاة العيد مثله فان احدث الامام او المقتدي في صلاة العيد وكان شروعه
بالوضوء تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام وذلك في حكم الصلاة بجماعة

فلا يخاف الفوت ولابي حنيفة رحمه الله ان الخوف باق لانه يوم زحام فلا يؤمن من اعتراض عارض يعتريه مثل ان يسلم
عليه احد فيرد السلام او يعينه بالعيد فيجيبه وما اشبه ذلك فيفسد عليه صلاته وهي لا تقضى لانها لم تشرع الا
بجماعة فكان خوف الفوت باقيا وان كان شروعه بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا عليه الوضوء كان واجدا
للماء في صلاته فتفسد صلاته كمتيمم وجد الماء في خلال صلاته فانه يستأنف الصلاة قيل هذا اختيار بعض المتأخرين
ومنهم من قال يتوضأ ويبني لقدرته على الماء بعد الاداء لما مر ان اللاحق يصلي الى آخره وفرق بين هذا وبين متيمم
يجد الماء في خلال الصلاة بان التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد الى الابتداء ووجود الحدث عند اصابة الماء لانه
يصير محدثا بالحدث السابق اذ الاصابة ليس بحدث وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند اصابة الماء بصفة الاستناد
بل بالحدث الطارئ على التيمم قال ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فاذا ادرك الجمعة بالظهر مجازا لكونها خلفه
قوله لانها اي الجمعة تفوت الى خلف وهو الظهر جعل الظهر خلفا عن الجمعة وان كان فرض الوقت هو الظهر عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما اذا فاتت يصلي الظهر قوله بخلاف العيد يعني بخلاف صلاة العيد فانه يتيمم لها
اذا خاف الفوت لانها تفوت لا الى خلف حيث لا يقضى قوله وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ يعني لا يتيمم
لسائر الصلوات المكتوبة اذا خاف فوت الوقت لانها تقضى لا ابدال هذا وقع مكررا الا ان هذا الحكم عرف في اول الباب
من قوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوات لان ذلك كان قول صاحب الهداية وهذا قول القدوري وقيل لانه علل
بتعليل غير التعليل السابق وفيه نظر قال والمسافر اذا نسي الماء في رحله اذا صلى المسافر بالتيمم والماء في رحله
فاما ان كان عالما به بان وضعه بنفسه او غيره بامره او لم يكن بان وضعه بنفسه او غيره بامره او لم يكن بان وضعه
غيره بغير امره فان كان الثاني فلا اعادة عليه بالاتفاق لان المرء لا يخاطب بفعل غيره وان كان الاول وصلى بالتيمم ظنا منه
ان الماء قد نفد فعليه الاعادة بالاتفاق لان التفريط جاء من قبله وان كان ناسيا له ثم تذكر فلا اعادة عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الاعادة سواء تذكر في الوقت او بعده وهو قول الشافعي لان التيمم لعادم الماء
وهذا ليس بعادم له بل هو واجد له عادة لان الماء في رحله ورحله في يده والنسيان لا ينافي الوجود بل يضاد الذكر فلا ينتفي
به الوجدان فصار كما اذا كان في رحله ثوب نسيه وصلى عاريا ولان رحل المسافر معدن للماء عادة وهذا ظاهر وكما معدن
للماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه كمن كان في العمران فانه يفترض عليه طلب الماء لكونه في معدنه حتى لو جاء قوما ولم
يطلب منهم ماء فتيمم قبل طلبه منهم وصلى ثم علم انه كان عندهم ماء لم تجز صلاته ولهما انا لا نسلم انه واجد لان المراد بالوجود
القدرة كما تقدم ولا قدرة الا بالعلم قوله وما الرحل جواب عن النكتة الثانية وتقريره ان رحل المسافر معدن للماء عادة معدا
للشرب لا للاستعمال والاول مسلم غير مفيد والثاني ممنوع قوله ومسألة الثوب على الاختلاف جواب عن المقيس عليه
وتقديره ان الحكم فيه عندنا كالماء فلا يلزمنا حجة ولئن سلمنا انه على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف بخلاف صورة النزاع
وهذا بطريق المفارقة يعني ان الفرق بينهما موجود فلم لا يجوز ان يكون الحكم مضافا الى الفارق دون المشترك فلا يصح القياس
والاولى ان يجعل ممانعة اي شرط القياس المساواة بين المقيس والمقيس عليه ولا نسلم وجودها في صورة النزاع لان فرض الستر
يفوت لا الى خلف الى آخره وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على الظن ان بقربه ماء وقال الشافعي الطلب شرط منه ويشترط
لقوله تعالى فلم تجدوا ماء وعدم الوجدان لا يكون الا بعد الطلب ولنا ان قوله تعالى فلم تجدوا يقتضي عدم الوجدان مطلقا
عن قيد الطلب فيعمل باطلاقه وهذا عادم لان الغالب عادم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فيجعل واجدا حكما فان قيل
انه ليس ذلك في غالب ظنه حتى لو غلب على ظنه ان بقربه ماء لم يجزه التيمم حتى يطلبه لانه واجد نظرا الى الدليل وهو غلبة الظن
لانها قائمة مقام العلم في العبادات ولو علم ان بقربه ماء لم يجز له التيمم فكذا اذا غلب على ظنه قوله مقدار غلوة
اي رمية سهم وقيل ثلثمائة ذراع الى اربعمائة ذراع قوله وان كان مع رفيقه ماء طلب منه قوله ولو تيمم قبل
الطلب اجزأه عند ابي حنيفة ذكر الاختلاف في الايضاح والتقريب وشرح الاقطع بين ابي حنيفة وصاحبيه كما ذكر في الكتاب
وقال في المبسوط وان كان مع رفيقه فعليه ان يسأله الا في قول الحسن بن زياد فانه يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع

التيمم لا لدفع الحرج **قوله** ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل هذه على ثلاثة اوجه اما ان اعطاه بمثل قيمته في اقرب
موضع من الموضع الذي يعز فيه الماء او بالغبن اليسير او بالغبن الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزيه التيمم لتحقق
القدرة فان القدرة على البدل قدرة على الماء فيمتنع جواز التيمم كما ان القدرة على ثمن الرقبة تمنع التكفير بالصوم وفي الثالث
جاز له التيمم لوجود الضرر فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس مسقط فكذا في المال واختلف في تفسير
الغبن الفاحش ففي النوادر جعله في تضعيف الثمن وقال بعضهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقول الحسن
البصري رحمه الله يلزمه الشراء بجميع ماله افراط كما ان قول الشافعي رحمه الله الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك الشراء
قليلة كانت او كثيرة تفريط نظرا الى اعتباره خوف التلف في النفس والفصل بين الغبن اليسير والفاحش مقرر في الشرع فالمصير
اليه اولى

باب المسح على الخفين

انما عقب المسح على الخفين التيمم لان كل واحد منهما طهارة
مسح او لانهما بدلان عن الغسل او من حيث انهما رخصة موقتة الى غاية وكان التيمم بدل الكل والمسح على الخفين بدل
البعض والمسح على الخفين جائز بالسنة اي بقول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله والاخبار فيه مستفيضة اي كثيرة شائعة
فعلا وقولا اما الفعل فقد رواه ابو بكر وعمر وعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة رضي الله عنهم انه صلى الله عليه وسلم مسح على
خفيه واما القول فقد روى عمر وعلي وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم انه صلى الله عليه وسلم قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر
ثلاثة ايام ولياليها **قال** المغيرة بن شعبة رضي الله عنه توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت اصب الماء عليه
وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فاخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال بهذا امرني
ربي وعن صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامرنا اذا كنا سفرا او مسافرين الا ننزع
خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن لا عن جنابة ولكن من غائط وبول ونوم **قال** الحسن البصري رحمه الله ادركت سبعين
نفرا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم يرون المسح على الخفين والكرخي الاخبار فيه قال ابو حنيفة رحمه الله ما قلت
بالمسح حتى جاءني مثل ضوء النهار وقال ابو يوسف رحمه الله خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته وعن هذا قيل من لم ير المسح
على الخفين اي لم يعتقد جوازه كان مبتدعا وقال الكرخي اخاف عليه الكفر لان الآثار فيه جاءت في حيز التواتر ومما يدل على انه
مبتدع ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه سئل عن مذهب اهل السنة والجماعة فقال هو ان تفضل الشيخين يعني ابا بكر
وعمر رضي الله عنهما على سائر الصحابة وان تحب الختنين يعني عثمان وعليا رضوان الله عليهم اجمعين وان ترى المسح على الخفين فان
قلت فالجواب عما نقل عن بعض الصحابة انهم انكروا المسح على الخفين **قال** ابن عباس رضي الله عنهما لان امسح على ظهر عير
في الفلاة احب الي من ان امسح على الخفين وقالت عائشة رضي الله عنها لان تقطع قدماي احب الي من ان امسح على الخفين قلت ما صح
من رجوعهم الى جوازه اما ابن عباس فقد روى تلميذه عطاء بن ابي رباح انه رجع الى قول العامة واما عائشة رضي الله عنها
فقد صح انها قالت ما زال يمسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين بعد نزول المائدة وروى رجوعها ايضا شريح ابن
هانئ **قوله** لكن من رآه اسند الى من قوله ان من لم يره كان مبتدعا **قوله** كان مأجورا قيل هذه رواية تخالف رواية
اصول الفقه فان فيها ان المسح على الخفين رخصة اسقاط كالصلاة في السفر والعزيمة لم تبق مشروعة فيها
فكيف يوجر على غير المشروع واجيب بانه انما يكون كذلك ما دام المتكلف به متخففا فاما اذا نزع خفيه او احدهما
وله ذلك لا محالة لحقه فلا يجوز المسح حينئذ فلم يكن من ذلك النوع وصار ذلك كمن ابطل سفره فانه سقط عنه سبب
رخصة سقوط شطر الصلاة وهذا اللفظ اعني قوله كان مأجورا اتى به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
متابعة المصنف ونعم المتبوع فان قلت ذكر في الذخيرة ان ابا الحسن الرستغفني سئل عن الرجل يرى المسح على الخفين
الا انه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما فقال احب الي ان يمسح على خفيه اما لنفي التهمة عن نفسه ان يكون
من الروافض واما لان قوله وارجلكم قرئ بالخفض والنصب فينبغي ان يغسل حال عدم اللبس ويمسح على الخفين حال
اللبس ليصير عاملا بالقراءتين فمن الحق منهما قلت ان احملت قول ابي الحسن على ان يمسح احيانا لا يتركه بالكلية توافقا
فانه ليس في كلام المصنف ما يدل على ان مراده ان لا يمسح اخذا بالعزيمة على الدوام ونفيا للتهمة بغسل بالمسح احيانا فيحمل

على ذلك

على ذلك دفعا للتدافع **قال** ويجوز من كل حدث موجب للوضوء به خص القدوري رحمه الله المسح بحدث موجب
للوضوء احترازا عن الجنابة على ما سيجيء وجعل الحدث موجبا مجازا فانه ناقض للوضوء فلا يكون موجبا لكنه شرط
لوجوبه مجازا لانه يضاف الايجاب اليه كما في صدقة الفطر **قوله** والحدث ما جرى رخصة لحدث متأخر عن الوضوء
لان الخف عهد مانعا لسراية الحدث الى القدم لا رافعا للحدث لان الرافع هو المطهر والخف ليس كذلك **قوله**
ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست والدم سائل ثم خرج الوقت وتوضأت فانها لا تمسح لان
بخروج الوقت ظهر الحدث السابق ولذلك المتيمم اذا لبس ثم رأى الماء وتوضأ لا يمسح لانه برؤيته الماء ظهر
حكم الحدث السابق فلو جاز المسح كان الخف رافعا وليس كذلك **قوله** ثم خروج الوقت اشارة الى ان لها
ان تمسح ما دام الوقت باقيا وليس هذا الحكم مختصرا فيما ذكر وهو اللبس على السيلان بل لو كان الدم سائلا عند
الوضوء دون اللبس او عندهما جميعا فالحكم كذلك واما اذا كان منقطعا وقت الوضوء واللبس جميعا فانها
والصحيحة سواء وقول القدوري اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراطها وقت اللبس لان الثابت
من المذهب عندنا خلاف ذلك وهو اشتراط الطهارة الكاملة وقت الحدث واعلم ان مراد المصنف رحمه الله
من قوله لا يفيد اشتراط الكمال ان كان هذا التفسير في كلام القدوري تسامح وان كان غير ذلك يحتاج الى بيان
لان ظاهر كلام القدوري يفيد ذلك فتأمل **قوله** حتى لو غسل رجليه قبل الايصال ان يكون نتيجة ما ذكر من
اشتراط اللبس على طهارة كاملة فان عدم جواز المسح هنا باعتبار ترك الترتيب في الوضوء لا باعتبار اشتراط
الطهارة وقت اللبس وانما يظهر ثمرة الاختلاف فيما ذكره في المبسوط وهو ما قال لو توضأ وغسل احدى رجليه
ولبس الخف ثم غسل الرجل الاخرى ولبس الخف ثم احدث جاز له المسح عندنا وقال الشافعي ان لم ينزع الخف
الاول لا يجوز له المسح فان نزعه ثم لبسه جاز له المسح لان الشرط ان يكون لبسه بعد كمال الطهارة ويجوز ان يقال لما
اثبت المصنف بالدليل فيما تقدم ان الترتيب في الوضوء ليس بشرط صح ان يبنى هذا الفرع على هذا الاختلاف واستدل
على ما هو المذهب بقوله لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم وهو ظاهر لما مر وكل ما هو مانع حلول الحدث بالقدم
يراعى كمال الطهارة به وقت المنع عن حلول الحدث لانها لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا حلالا كان بالرجلين
[illegible] مانعا لا رافعا [illegible] الحدث بالقدم
الطاهر [illegible] الوضوء فكان مانعا لا رافعا [illegible]
[illegible] والجواب انا قد اتفقنا ان المسح لا يجوز الا بعد طهارة كاملة [illegible]
فلو كانت الطهارة ناقصة عند حلول الحدث [illegible]
حقيقة لكنه باق حكما لعدم التجزي [illegible]
فان قلت هذا التقرير يقتضي وجود الطهارة الكاملة وقت الحدث [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **قال** ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة ايام ولياليها
وقال مالك رحمه الله [illegible]
في المقيم وفي المسافر [illegible] عن خزيمة بن ثابت [illegible] قال قلت يا رسول الله ايمسح على الخفين يوما فقال نعم
[illegible]
ابي بن عمارة [illegible]
[illegible] ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ولنا [illegible] رواه عمر وعلي [illegible] صفوان بن عسال وعوف بن مالك وابو بكرة [illegible]
المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها [illegible]

من الصحابة رضي الله عنهم والمشهور لا يترك بالشاذ **قال** احمد بن حنبل رجاله لا يعرفون وقال ابو داود قد اختلف في
اسناده وليس بقوي وقال الدارقطني اسناده لا يثبت وقال يحيى بن معين اسناده مضطرب وقال البخاري حديث مجهول على ان تأ
تاويله ان مراده صلى الله عليه وسلم بيان ان المسح مؤبد غير ان المسح منسوخ لان لا ينزع خفيه في هذه المدة وعلم الضرورة
في المقيم ممنوع فانه يلبس الخف حتى يضيع ويخرج حوائجه ويسوق عليه النزع قبل ان يعود الى بيته ليلا وابتداءها اي ابتداء المدة المسح
عقيب الحدث لا من وقت اللبس كما ذهب اليه الحسن البصري ولان جواز المسح بسببه فيعتبر من وقته ولا من جواز المسح كما ذهب
اليه الاوزاعي وابو ثور واحمد في رواية محتجين بان المقدر لاجله فيعتبر من وقته وبيان ذلك فيمن توضأ عند طلوع الفجر ولبس
الخف ثم احدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح المقيم الى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو بعد طلوع
الشمس من اليوم الثاني وعلى القول الثاني الى وقت طلوع الفجر من اليوم الثاني وهو وقت اللبس وعلى القول الثالث الى ما بعد الزوال
من اليوم وهو وقت المسح والصحيح قول العامة لان الخف مانع سراية الحدث اي وصوله الى الرجل والمانع عن الشيء انما يكون
مانعا حقيقة عند طريان الممنوع والحقيقة اولى بالاعتبار فيعتبر المدة من عنده والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع
وقال الشافعي رحمه الله وهو قول مالك السنة مسح اعلى الخف واسفله لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح اعلى
الخف واسفله **قوله** خطوطا بالاصابع وهو منصوب على الحال بمعنى مخططا احتراز عن قول عطاء فانه يقول بتثليث
المسح اعتبارا بالغسل وذلك لان الخطوط انما تبقى اذا مسح مرة واحدة وكيفية ذلك ان يبدأ فيضع اصابع يده اليمنى على مقدم
خفه الايمن واصابع يده اليسرى على مقدم خفه الايسر ويمدهما الى الساق فوق الكعبين ويفرج بين اصابعه ولو وضع
الكف مع الاصابع فهو احسن لان الدليل الدال على المسح على ظاهرهما وهو حديث المغيرة ان النبي صلى الله عليه
وسلم وضع يده على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما يشير الى ذلك حيث قال وضع يده ولم يقل اصابعه وما
رواه من انه عليه السلام مسح اعلى الخف واسفله فقد طعن فيه ائمة الحديث مثل ابي داود والترمذي وغيرهما وان صح
فمعناه ما يلي الساق وما يلي الاصابع توفيقا بين الادلة ثم المسح على الظاهر حتم اي واجب حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه خلافا
للشافعي في قوله **قوله** لانه معدول به عن القياس فالقياس ان لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي
يزيلها كما اشار اليه علي رضي الله عنه بقوله لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره ولكني رأيت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين على ظاهرهما دون باطنهما وانما كان الرأي ذلك لان الخف يلاقي الارض بما عليها
من طين وتراب وقذر بباطنه لا بظاهره واذا كان معدولا به عن القياس يراعى جميع ما ورد به الشرع والبداءة من الاصابع
استحباب حتى لو بدأ من الساق جاز ايضا ووجه الاستحباب الاعتبار بالغسل لان الله تعالى جعل الكعب غاية والغاية آخر
يقول الشرع وورد بمد اليدين من الاصابع الى اعلاهما فكان الواجب ان تكون البداءة بالاصابع حتما لا مستحبا كالمسح على
ظاهرهما فالاعتبار بالاصل ترك لما ورد به الشرع وكذلك التقدير بثلاثة اصابع على ما يذكره نرك له فانه عليه السلام
مد من الاصابع الى الساق والجواب ما روي انه صلى الله عليه وسلم مسح على خفيه من غير ذكر مد الى الساق فجعل المفروض
اصل المسح مقدار ثلاثة اصابع والبداءة سنة جمعا بين الادلة واما التقدير بثلاثة اصابع فباشارة قوله عليه السلام
خطوطا بالاصابع فانه اقل الجمع ثلاثة واختلف في الاصابع فذهب عامة علمائنا الى انها اصابع اليد وقال الكرخي
اصابع الرجل لان المسح يقع عليه وهو اكثر الممسوح فيقوم مقام الكل كما في الخرق والاول اصح اعتبارا لآلة المسح فان المسح
فعل يضاف الى الفاعل لا الى المحل فيعتبر بالآلة كما في الرأس وذكر ابن رستم عن محمد انه لو وضع ثلاثة اصابع وضعا اجزأه
قال القدوري هذا يدلك على انه معتبر باصابع اليد وعن هذا قال في التحفة سواء كان المسح طولا او عرضا الا ان قوله
لو وضع ثلاثة اصابع وضعا لا يفيد الحي من الطول والعرض **قوله** ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير روي كبير بالباء
المنقوطة من فوق وبالباء المنقوطة من تحت والاول يقابله القليل والثاني يقابله الصغير **وقوله** مبين يبدو فيه وانه كان اقل
من ذلك فرع الاول وفي هذه المسألة اربعة اقوال شمول المنع في القليل والكثير وهو مذهب زفر والشافعي رحمهما الله
والثاني شمول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثوري وقد روي عن مالك رحمهما الله والثالث الفصل بين القليل

والكثير

والكثير وهو قول علمائنا وهو استحسان والرابع القول بغسل ما ظهر من القدم ومسح ما لم يظهر وهو قول
الاوزاعي وجه الاول القياس لان الكثير لما كان مانعا كان اليسير كذلك كالحدث ووجه الثاني ان الخف يمنع سراية
الحدث الى القدم فما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه ووجه قولنا وهو الاستحسان ان الخفاف لا تخلو
عن الخرق القليل عادة فان الخف وان كان جديدا فاثار الدروز والاشافي خرق فيه ولهذا يدخله التراب فيلحقهم
الحرج في النزع فجعل عفوا وخلو عن الكثير فلا حرج وما ذكره من اعتبار اصابع الرجل هو رواية الزيادات لان
الخرق اذا كان مقدار ثلاثة اصابع منع قطع السفر وقطع السفر انما يتحقق بالرجل فيعتبر اصابعها **قوله**
هو الصحيح احتراز عن شيئين عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان المعتبر ثلاث اصابع من اصابع اليد لانه آلة المسح
وعما قال شمس الائمة الحلواني المعتبر في الخرق اكبر الاصابع انه كان الخرق عند اكبر الاصابع واصغرها انه كان عند
اصغرها **قوله** لان الاصل دليل على المقدار والاصغر **قوله** ولا معتبر بدخول الانامل ظاهره ولم يذكر اذا كان يبدو
قدر ثلاث انامل من اصابع الرجل قال بعضهم يمنع المسح واليه اشار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم لا يمنع والشرط
ان يبدو قدر ثلاث اصابع بكمالها واليه مال شمس الائمة الحلواني وقال في النهاية وهو الاصح **قوله** ويجمع هذا المقدار
في كل خف على حدة يجمع الخرق في خف واحد لانه يمنع قطع السفر به ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع
السفر بالاخر واضح قيل ينبغي ان يجمع في الخفين ايضا لان الرجلين صارا كعضو واحد في حق حكم شرعي والخرق امر حسي
فلا يكونان فيه كعضو واحد كما في قطع المسافة ولهذا لو مد الماء من الاصابع الى العقب جاز ولم يظهر له حكم الاستعمال
لانه عضو واحد ولو مد الماء من احد الرجلين الى الاخرى لم يجز والحاصل ان للرجلين شبها بالعضو الواحد من حيث دخولهما
تحت خطاب واحد وبعضوين من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين وقلنا بعدم الجمع نظرا الى الشبه الثاني وبعدم غسل
ما فيه من الخرق دون الاخرى نظرا الى الشبه الاول لئلا يلزم الجمع بين الغسل والمسح فيما هو كعضو واحد **قوله**
بخلاف النجاسة يعني اذا كان في احد الخفين نجاسة قليلة وفي الاخرى كذلك يجمع بينهما لما ذكر في الكتاب وانكشاف العورة
نظير النجاسة في ان المانع انكشاف عين العورة وقد وجد كما ان المانع حمل النجاسة وقد وجد ووجه الرابع واضح
قوله ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل قيل صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم اجنب ثم وجد ما يكفي للوضوء ولا
يكفي للاغتسال فانه يتوضأ ويغسل رجليه ولا يمسح ويتيمم للجنابة وقال شمس الائمة السرخسي الجنابة الزمته غسل جميع
البدن ومع الخف لا يتأتى بخلاف الحدث الاصغر فانه اوجب غسل اعضاء يمكن ان يجمع بينه وبين مسح الخف وعسال
بالعين المهملة بتابع الغسل والاستدلال به ظاهر لكن يقتضي التصوير فان السلب يقتضي تصور الايجاب وقال مولانا
حميد الدين الموضع موضع النفي فلا يحتاج الى التصوير **وقوله** ولان الجنابة تشير الى ان شرعية المسح لدفع الحرج
والحرج فيما يتكرر وهو الحدث دون الجنابة **قال** وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء كل ما ينقض الوضوء ينقض المسح
لانه بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا للوضوء لم يكن ناقضا له بل ناقضا لبعضه هذا خلف باطل
وكذا ينقضه نزع الخف لان الحدث السابق كخروج النجاسة من بدن الانسان كان يمتنع العمل بوجود المانع وهو الخف
فاذا زال المانع سرى الحدث الى القدم فعمل عمله وهذا انما يتأتى على طريقة تخصيص العلل والخلاص معلوم وكذا
نزع احدهما ينقض المسح ويوجب غسل الرجلين لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وهي غسل الرجلين
وكذا مضي المدة لما روينا من رواية صفوان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام وقال ابن ابي ليلى المسح على الخفين قائم مقام غسل
ولو غسل قدميه ولبس خفيه ثم نزع لم يجب عليه غسل الرجلين فكذا هذا والجواب انه قائم مقامه شرعا في وقت
مقدر فاذا مضى لا يقوم مقامه كطهارة التيمم **وقوله** واذا مضت المدة قيل هو تكرار لانه علم حكمه من قوله
وكذا مضي المدة واجيب بانه ذكره تمهيدا لما رتب عليه من قوله نزع خفيه وغسل رجليه الى اخره **وقوله**
وليس عليه اعادة بقية الوضوء احتراز عن قول الشافعي رحمه الله فانه يقول عليه ان يعيد الوضوء لان طهارة الرجلين
قد انتقضت بمضي مدة المسح وانتقاض الطهارة مما لا يتجزى فصار كالمنتقض بالحدث والجواب ان الحدث اسم لخارج

نجس ودبر المعنى لم يرتكن لك وانما سرى حدث كان قبل المضي الى الرجلين خاصة لان غسل سائر الاعضا قد وجد عن ذلك
سواهما فلا يجب غسلهما ثانيا ما لم يوجد الحدث في حقها فكان هذا كمن توضا ولم يغسل رجليه يجب غسلهما
وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد الوضوء وهكذا روي
عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي عنهم **قوله** وكذا اذا نزع قبل المدة معناه لم يجب عليه اعادة
بقية الوضوء **قوله** لان عند النزع دليل المضي لمدة والنزع قبل المدة وقد قررنا انفا في نزع الخف وخوا ...
الشافعي وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا مسح الراس ثم حلق الشعر حيث لا يلزمه اعادة المسح واجيب بان
الشعر من الراس خلقة فمسحه مسح الراس بخلاف الخف فانه مانع سراية الحدث الى ما تحته شرعا فاذا زال سرى الحدث
اليه وحكم النزع وهو النقض يثبت بخروج القدم الى الساق لان اي لشان او الساق على ما قيل المذكور لا معتبر
به في حق المسح لانها ليست بمحل له وما لا معتبر به في حقه فالخروج اليه ناقض كخروجهما من الخف **قوله** وكذا اكثر
القدم اي يثبت حكم النزع بخروج اكثر القدم الى ساق الخف هو الصحيح هذا هو المروي عن ابي يوسف وهو قول
الحسن بن زياد رحمهما الله ووجهه ان الاحتراز عن خروج القليل متعذر لانه ربما يحصل بدون القصد كما اذا كان
الخف واسعا اذا رفع القدم يخرج العقب اذا وضعها عاد العقب الى مكانها فلو قلنا بنقض المسح في مثله وقع
الناس في الحرج بخلاف الكثير فان الاحتراز عنه ليس بمتعذر وروي عن ابي حنيفة رحمه الله اذا اخرج اكثر العقب
من موضعه الى الساق بطل مسحه يعني به اذا بدا له نزع الخف فحركه للنزع حتى زال عقبه واما اذا زال باعتبار
سعة الخف فلم يبطل اجماعا دفعا للحرج كما ذكرناه وجه **قوله** ان المسح انما يبقى ببقاء محل الغسل في الخف ولم يبق
بزوال العقب او اكثرها الى الساق فلا يبقى المسح وعن محمد ان بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز والا فلا
يعني اذا قصد النزع كما ذكرنا اعتبر في ذلك بقاء مقدار محل ما يكفي للمسح لان خروج ما سواه كلا خروج **قال**
ومن ابتدا المسح وهو مقيم فسافر هذه على اوجه ثلاثة في وجه تحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق وهو ما اذا سافر
قبل ان ينتقض الطهارة التي لبس عليها الخفين وانتقضت الطهارة وهو مسافر فانه يحول مدته الى مدة السفر
بالاتفاق وفي وجه لا تحول مدته بالاتفاق وهو ما اذا سافر بعد ما احدث وبعد ما اكمل مدة المقيم وفي وجه وهو
ما اذا سافر بعد ما احدث قبل استكمال مدة المقيم يحول عندنا خلافا للشافعي رحمه الله **قال** المسح عبادة
شرع فيها على حكم الاقامة وكل ما شرع فيها على حكم الاقامة لا يتغير بالسفر كما اذا شرع في الصوم وهو مقيم ثم
سافر وكما اذا شرع في الصلاة في سفينة في المصر فصار مسافرا في صلاته فانها لا تتغير لان حال الاقامة حال العزيمة
وحال السفر حال الرخصة فاذا اجتمعا في عبادة غلبت العزيمة على الرخصة ولنا اطلاق الحديث فانه لم يفصل
بين مسافر فيمسح كسائر المسافرين ولانه حكم متعلق بالوقت فالمعتبر فيه كذلك يعتبر فيه اخر الوقت كالحائض اذا طهرت
فيه يجب عليها الصلاة والطاهر اذا حاضت فيه سقطت عنها والمسافر اذا اقام في اخر الوقت يتم والمقيم اذا
سافر فيه يقصر وليس كالصوم والصلاة فانهما لا يتجزيان فالاعتبار الاقامة في اول الصوم لا يبيح الفطر واعتبار السفر
في اخره يبيح فيرجح جانب الحرمة وكذلك في الصلاة مرجح جانب الاقامة للاحتياط واما الوقت فمما يتجزى فلم تجتمع
الاقامة والسفر في وقت واحد فكان الاعتبار للموجود وهو السفر **قوله** بخلاف ما اذا استكمل الى اخره ظاهر
قوله ومن لبس الجرموق يعني قبل ان يحدث مسح عليه الجرموق ما يلبس فوق الخف وساقه اقصر من الخف وقال
الشافعي رحمه الله لا يمسح عليه لان الخف بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل يعني بالراي فان الشرع ورد بالمسح على
الخفين بدلا عن الرجلين لا غير فتجويز المسح على الجرموق اقامة بدل عنه بالراي وهو لا يجوز ولنا ما روي عن عمر
رضي الله عنه قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة
عن حماد عن ابراهيم انه كان يمسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا اما الاستعمال فانه يدور مع الخف
مشيا وقياما وقعودا وارتفاعا وانخفاضا واما الغرض فانه وقاية للخف كما ان الخف وقاية للرجل فصار كخف ذي

طاقين ثم نزع خفيه احدهما لما قدمنا او كان الخف مشقوقا فيسير عليه ثم حلق الشعر فانه لا يجب اعادة المسح واجيب بان الجرموق للبس
تبع من حيث الاصل الا ترى انه لو لبسه منفردا جاز المسح عليه بالاجماع وتبع من حيث الاستعمال والفرض
كما ذكرنا فاذا لبسه على الخف صار تابعا وكان المسح عليه كالمسح على الخف واذا زال بالنزع زالت التبعية وحل
الحدث بما تحته فيجب اعادة المسح واما اذا نزع الخفين فلشدة اتصال احدهما بالاخر كالشعر مع البشرة وقد
تقدم انه اذا مسح على الراس ثم حلقه لا يجب عليه الاعادة **قوله** وهو بدل لغسل الرجل لان غسل الرجل ...
الرجل كالخف لان الخف لم ينعقد به حكم المسح بعد فلو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع
الخفين وليس كذلك فكان بدلا للخف ولم يزل البدل بالاصل واجيب بانه بدل الرجل ما لو كان الرجل الحدث بالخف فاذا نزع
زال البدل عنه وحل الحدث بالخف وكان الخف بدلا لان الرجل فاذا زال ذلك ولم يرفع المسح عليه **قوله** ولو كان الجرموق
من كرباس ظاهر **قال** ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة الا ان يكونا مجلدين او منعلين في وجه يجوز بالاتفاق وهو ما اذا كانا
ثخينين منعلين وفي وجه لا يجوز بالاتفاق وهو ان لا يكونا ثخينين ولا منعلين وفي وجه لا يجوز عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لصاحبيه وهو ان يكونا ثخينين غير منعلين ثم الجورب المنعل اذا وضع على اسفله جلد
كالنعل للقدم والمجلد هو الذي وضع الجلد اعلاه واسفله **قوله** لا يشفان تاكيدا للثخانة من شف الثوب اذا
رق حتى رأيت ما وراءه ... لهما حديث ابي موسى الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجوربين ولانه
يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا ... يستمسك على الساق من غير الربط فاشبه الخف فيلحق به ولابي حنيفة رحمه الله
ان الالحاق انما يصح اذا كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان الخف يمكن المواظبة فيه بالمشي دون الجورب
الا اذا كان منعلا وهو محمل حديث ابي موسى رضي الله عنه على ان ابا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل ولا بالقوي
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع الى قولهما ومسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده فعلت ما كنت امنع الناس عنه فاستدلوا
به على رجوعه الى قولهما **قال** المصنف رحمه الله وعليه الفتوى **قال** ولا يجوز المسح على العمامة
الى اخره فيه نفي قول من يجوز المسح على العمامة كالاوزاعي واحمد بن حنبل واهل الظاهر تمسكوا بما روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم مسح على عمامته وخفيه وقلنا المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء والتمسك
بالحديث ضعيف لان قوله تعالى وامسحوا برءوسكم يقتضي عدم جواز غير الراس فالعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر
الواحد وهو نسخ فلا يجوز او هو منسوخ قال محمد رحمه الله اخبرنا مالك قال حدثنا نافع وانا يومئذ صغير قال محمد
رحمه الله قال رايت صفية بنت ابي عبيد توضات ونزعت خمارها ثم مسحت براسها قال نافع وانا يومئذ صغير قال محمد
رحمه الله بهذا ناخذ لا نمسح على خمار ولا عمامة وبلغنا ان المسح على العمامة كان فترك والقفاز بالضم والتشديد شيء
يعمل لليدين يحشى بالقطن ويكون له ازرار تزر على الساعدين من البرد تلبسه المراة في يديها كذا في الصحاح **وقوله**
ويجوز المسح على الجبائر قال قاضي خان اذا كان يضره المسح على الجراحة واما اذا لم يضره فلا يمسح على الجبائر والجبائر جمع
جبيرة وهي العيدان التي تجبر بها العظام وانما قال وان شدها على غير وضوء لانها انما تربط حالة الضرورة واشتراط
الطهارة في تلك الحالة والله يفضي الى الحرج فلا يعتبر والاصل في ذلك ما قال في الكتاب ان النبي صلى الله عليه وسلم فعله
وامر عليا رضي الله عنه به حين كسر زنده يوم احد وقيل يوم خيبر فانه كان حامل راية رسول الله صلى الله عليه وسلم
فكسر زنده وسقط اللواء من يده فقال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوها في يساره فانه صاحب لوائي في الدنيا والاخرة
فقال ما اصنع بالجبائر فقال امسح عليها من غير فصل بين الحامل وغيره **قوله** لان الحرج فيه ظاهر واري ان في قوله
ويجوز المسح اشارة الى ان مسح الجبائر ليس بفرض ولا واجب وذلك لان الروايات قد اختلفت فقال في شرح الطحاوي
والتجريد المسح على الجبائر ليس بفرض عند ابي حنيفة وان لم يضره بل هو مستحب وفي المحيط انه واجب عنده ويجوز
الصلاة بدونه خلافا لهما فان الامر عليا به والامر للوجوب وقال المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها
لو لم يكن واجبا فكذا المسح وهذا يرشد الى ان الامر للاستحباب **قوله** ويكتفي بالمسح على اكثرها المذكور في ظاهر الرواية

انه اذا مسح على بعض الجبائر دون بعض هل يجزيه ام لا وذكر في املاء الحسن بن زياد انه اذا مسح على الاكثر اجزاه وان مسح على النصف
لا يجزيه والفرق بينه وبين مسح الراس والمسح على الخفين حيث لا يشترط فيهما الاكثر ان مسح الراس شرع بالكتاب والباء دخلت
المحل فاوجبت تبعيضه والمسح على الخفين ان كان مسح بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه وان كان بالسنة ففي اوجبت البعض
فاما المسح على الجبائر فانما ثبت بحديث علي رضي الله عنه وليس فيه ما ينبي عن البعض لان القليل سقط اعتباره دفعا
للحرج واقيم الاكثر مقامه **قوله** ولا يتوقف بيان الفرق بين مسح الخف والجبيرة وذلك بامور منها ما تقدم من قوله
وان شدها على غير وضوء فان المسح على الخفين بغير طهارة لا يجوز كما تقدم ومنها انه لا يتوقف بوقت مقدر لعدم
التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه اثر ولا حصر في المقادير لا تعرف الا سماعا فيمسح الى وقت البرء ومنها ان الجبيرة ان
سقطت من غير برء لم يبطل المسح خلافا للخف فانه اذا نزع بطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها
ما دام العذر باقيا حتى لو مسح على جبيرة احدى الرجلين لا يجوز المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون جامعا بين الغسل حكما
وبين المسح وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان سقوطها في الصلاة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل فصار كالمتيمم يجد الماء في اثناء الصلاة فانه يستقبلها لذلك قيل يشكل على هذا ما اذا صلى ركعة او ركعتين بالتحري
ثم تبينت جهة الكعبة فانه يبني ولا يستقبل مع ان جهة المتحري بدل عن جهة الكعبة فانه يبني ولا يستقبل مع ان جهته هـ
واجيب بان ذلك بطريق النسخ لما قبله لا ان اصله كان بطريق النسخ فيبقى في حق المتحري لذلك والنسخ يظهر في حق القائم
لا في حق الغائب فلذلك يبني ولا يستقبل

باب الحيض والاستحاضة

اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض والنفاس بانهما من الاحداث او الانجاس فمنهم من ذهب الى الثاني ومنهم من ذهب
الى الاول وهو الانسب بقوله بعد هذا باب الانجاس وتطهيرها لما فرغ من الاحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو اقل
وقوعا منه ولقب الباب بالحيض دون النفاس لكثرته او لكونه حالة معهودة في بنات ادم دون النفاس والحيض لغة هو الدم
الخارج ومنه حاضت الارنب وعند الفقهاء دم ينفضه رحم امراة سليمة عن الداء والصغر **قوله** السليمة عن الداء
احتراز عن النفاس **قوله** والصغر احتراز عما تراه الصغيرة وشرطه تقدم نصاب الطهر حقيقة او حكما وفراغ
الرحم عن الحبل واقل الحيض اي اقل مدته ثلاثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة عندنا وروى ابن سماعة
عن ابي يوسف رحمهما الله يومان والاكثر من اليوم الثالث وقال مالك رحمه الله ما يوجد ولو ساعة وقال الشافعي
رحمه الله يوم وليلة لنا ما روى ابو امامة الباهلي وعائشة وواثلة بن الاسقع وانس وابن عمر رضي الله عنهم انه صلى الله
عليه وسلم قال اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود
وابن عباس وعثمان ابن ابي العاص وانس بن مالك رضي الله عنهم والمروي عنهم كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان
المقادير لا تعرف قياسا ولابي يوسف ان الدم لا يسيل على الدوام بل يسيل تارة وينقطع اخرى فيقام الاكثر من اليوم
الثالث وهو سبع وستون ساعة على ما ذكره في النوادر مقام الكمال ولما كان انتقاض الوضوء حدث فلا يتقدر زواله كسائر
الاحداث وللشافعي رحمه الله ان السيلان لما استوعب جميع الساعات عرفنا ان الدم من الرحم ولا حاجة الى الاستظهار
بشيء اخر والجواب انه نقض عن تقدير الشرع وذلك لا يجوز واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة وقال
الشافعي رحمه الله خمسة عشر يوما وهو قول ابي حنيفة الاول لقوله صلى الله عليه وسلم في نقصان دين المراة
تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد به زمان الحيض والشطر هو النصف ولنا ما روينا من قوله
صلى الله عليه وسلم واكثره عشرة ايام والمقدر لا يزاد عليه وليس المراد به الشطر حقيقة لانه لا يتم عمرها
زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس لا تحيض فيه فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر حقيقة
وان قدرنا بالعشرة بهذه الاثار كان مقاربا بالشطر وحصل التوفيق
بالشطر حقيقة وذلك هو حاصل فيما قلنا فان المراة اذا بلغت خمس عشرة سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة
ايام ثم ماتت بعد ستين سنة كانت تاركة للصلاة شطر عمرها **قوله** وما تراه المراة من بياض الوان الدم وهي

ستة السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية ولم يذكر السواد لانه لا اشكال في كونه حيضا لقوله
صلى الله عليه وسلم دم الحيض اسود عبيط محتدم اي طري شديد الحمرة الى السواد واما الحمرة فهي الاصل للدم الا عند غلبة
السوداء يضرب الى السواد وعند غلبة الصفراء يرق فيضرب للصفرة ويتبين ذلك لمن يفتصد فالصفرة ايضا من الوان
الدم اذا رق وقيل هي كصفرة السن او كصفرة القز واما الكدرة فلونها كلون الماء الكدر وهي حيض في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله حتى ترى البياض خالصا سواء رأت في اول ايامها او في اخرها وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الكدرة
حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدر عن الصافي لان الكدرة من كل شيء يتبع صافيه فلو جعلناها حيضا
ولم يتقدم عليها دم كانت مقصودة لا تبعا ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص
حيضا حدث مالك في موطا عن علقمة بن ابي علقمة عن امه مولاة عائشة ام المؤمنين رضي الله عنها انها قالت كانت
النساء يبعثن الى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسالنها عن الصلاة فتقول لهن لا تعجلن
حتى ترين القصة البيضاء والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد شيء يخرج من قبل النساء بعد انقطاع الدم شبه
الخيط الابيض وقيل هي الجص شبهت الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص يعني تخرج الخرقة التي تحتشي بها كالجص الابيض قبل
ويعتبر اللون حين ترفع الخرقة وهي طرية لا بعد الجفاف لان اللون يتغير بالاسباب وهذا المعنى ما تعلمت عائشة رضي الله عنها
لا يعرف الا سماعا فيحمل على انها سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم دم
الحيض اسود عبيط يدل على ان هذه الاشياء ليست بحيض وهو اقوى من فعل عائشة رضي الله عنها فلا يجوز تركه به اجيب بانه
من باب تخصيص الشيء بالذكر فلا دلالة له على نفي ما عداه **وقوله** وفم الرحم منكوس جواب عن قول ابي يوسف بتاخر
خروج الكدر عن الصافي فكانه قول بالموجب اي نعم هو كذلك اذا لم يكن المخرج من اسفل اما اذا كان كالجرة تثقب اسفلها
فان الكدر يخرج اولا واما الخضرة فقد انكر بعض مشايخنا وجوده وقال الحسن كانها اكلت قصيلا وذكر ابو علي الدقاق
رحمه الله ان الخضرة نوع من الكدرة **قال** المصنف رحمه الله ان كانت المراة من ذوات الاقراء كانت حيضا ويحمل
على فساد الغذاء كانها اكلت غذاء فاسدا فافسد صورة دمها وان كانت كبيرة ايسة وهي ان تكون في خمس وخمسين سنة على ما
هو المختار وقيل في خمسين وقيل في سبعين لا يكون حيضا ويحمل على فساد المنبت فان الدم في الاصل لا يكون اخضر ولم
يذكر المصنف التربية وهي ما يكون لونه كلون التراب وهي نسبة الى التراب لانها نوع من الكدرة فهي على الاختلاف المذكور
وروي التريبة على وزن الترابية والتربية بوزن الترعة وهي لون خفي يسير اقل من صفرة وكدرة وقيل هي من الرية لانها
على لونها ولم يذكروا الوان الحيض واختلفوا في ادنى مدة يحكم ببلوغها اذا رات الدم فيها **قال** ابو نصر بن
سلام بنت ست سنين اذا رات الدم وتمادى بها ثلاثة ايام وبعضهم قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل قدره بتسع
سنين وابو علي الدقاق بثنتي عشرة سنة واكثر المشايخ على ما قاله محمد بن مقاتل **قال** والحيض يسقط
عن الحائض هذا بيان احكام الحيض **قال** في النهاية وغيرها انها اثنا عشر ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس
واربعة مختصة بالحيض دون النفاس فاما الثمانية فترك الصلاة لا الى قضاء وترك الصوم الى قضاء وحرمة الدخول
في المسجد وحرمة الطواف بالبيت وحرمة قراءة القرآن وحرمة مس المصحف بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب
الغسل عند انقطاع الحيض والنفاس واما الاربعة المخصوصة فانقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل
بين طلاقي السنة والبدعة فالسبعة الاولى تتعلق ببروز الدم عندهما وعن محمد موضع البكارة وعن محمد
انها تتعلق بالاحساس بالبروز فلو توضات ووضعت الكرسف ثم احست بنزول الدم من الرحم الى الكرسف
الى الكرسف قبل غروب الشمس ثم رفعت الكرسف بعد غروبها فالصوم تام وعن محمد في غير ظاهر الرواية
انها تقضيه والثامن يتعلق بنصاب الحيض ويستند الى ابتدائه والاربعة الاخيرة تتعلق بانقضائه قوله
يسقط على مذهب القاضي ابي زيد على حقيقته لان نفس الوجوب ثابت عليها كالصبي والمجنون لقيام
الذمة الصالحة للايجاب لكن يسقط بالعذر واما على قول غيره فيكون يسقط مجازا للمنع وانما قال يحرم

عليها الصوم ولم يقل تسقط إشارة إلى أنه يقضيه قيل المبتدأة إذا رأت دما تركت الصلاة والصوم عند أكثر
المشايخ مشايخ بخارى وعن أبي حنيفة حتى يستمر الدم ثلاثة أيام ويقضي الصيام ولا تقضي الصلاة لقول عائشة رضي الله
عنها روي أن امرأة سألتها فقالت ما بال الحائض تقضي أيام الحيض ولا تقضي الصلاة فقالت أحرورية
أنت كانت إحدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا طهرت تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة فإن قيل وجوب
القضاء يبتنى على وجوب الأداء في الأحكام فكيف تخلف هذا الحكم هنا أجيب بأن الأصل ذلك لكن هذا ثبت بالنص
على خلاف القياس قوله ولأن في قضاء الصلاة حرجا ظاهرا وعدم وجوب قضاء الصلوات ليس يحتاج إلى دليل
لأنه على الأصل وإنما المحتاج إلى ذلك قضاء الصيام وقد انضاف إلى النص عدم اشتماله على الحرج فوجب ولا
تدخل المسجد وكذلك الجنب لما ذكر في السنن مسندا إلى عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم وجهوا هذه
البيوت عن المسجد فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في إباحته الدخول
على وجه العبور والمرور فإنه لم يفصل بين الدخول للمرور وبينه للمقام فيه ولا تمسك له بقوله تعالى ولا جنبا إلا
عابري سبيل لأن أهل التفسير قالوا إلا ها هنا بمعنى أو لأن المراد بالصلاة حقيقتها إذ الكلام للحقيقة وقوله إلا عابري
سبيل أي إلا مسافرين والمسافر يسمى عابرا فيكون معناه والله أعلم إلا مسافرين فإنه يباح لهم الصلاة قبل الاغتسال بالتيمم وصورة
هذه المسألة ما قال في المبسوط مسافر يحل فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فإنه يتيمم لدخول المسجد عندنا وقال
الشافعي رحمه الله جاز أن يدخل مختارا ولا يطوف بالبيت لأن الطواف في المسجد قيل فإذا كان الطواف في المسجد كان الحكم
معلوما من قوله ولا تدخل المسجد وأجيب بأنه صرح بذلك لأن الدخول قد يكون بعد الطهارة فيوهم جواز الطواف
وليس كذلك حتى لو طافت خارج المسجد لم يجز وجاز للطهارة ولو علل بقوله لأن الطواف بالبيت صلاة كان أشمل لأنه يقع الطواف
وقوله ولا يأتيها زوجها أي لا يطأها ظاهر وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقرأ
الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك رحمه الله فإنه يجوزها للحائض لكونها معذورة محتاجة إلى القراءة
عاجزة عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب فإنه قادر عليه بالغسل أو التيمم وهو أي الحديث بإطلاقه أي بعمومه لأن شيئا
نكرة ذكره في سياق النفي يتناول ما دون الآية فيمتنع من قراءته كالآية فيكون حجة على الطحاوي في إباحة قراءة ما دون الآية للحائض والنفساء
والجنب مستندا لأن الآيات المتعلق بالقرآن حكمان جواز الصلاة ومنع الحائض عن القراءة ثم في أحد الحكمين يفصل بين الآية
وما دونها فكذلك في الحكم الآخر وقال الكرخي يمنع قراءة القرآن ما دون الآية أيضا على قصد قراءة القرآن كما يمنع عن
قراءة الآية التامة لأن الكل قرآن فإن لم يقصد القراءة نحو أن يقرأ الحمد لله شكرا للنعمة فلا بأس به وذكر الطحاوي
عن أبي حنيفة رحمهما الله لا بأس للجنب أن يقرأ الفاتحة على وجه الدعاء قال الهندواني لا أفتي بهذا وإن
روي عنه قيل والمختار الجواز وليس لهم أي للحائض والنفساء والجنب مس المصحف إلى آخره ظاهر وقوله لقوله عليه
السلام رواه مالك في الموطأ والدارقطني فإن قلت ما بال المصنف لم يستدل بقوله تعالى إنه لقرآن كريم في كتاب
مكنون لا يمسه إلا المطهرون فإنه ظاهر في النهي عن مس المصحف لغير الطاهر قلت لأن بعض العلماء حملوه على
الكرام البررة فكان محتملا فترك الاستدلال به وقوله ثم الحدث حد اليد إلى آخره لبيان مشاركتهما في مس
المصحف وافتراقهما في حكم القراءة وتقريره لما ثبت حكم الحدث في اليد لم يجز مس المصحف باليد لهما جميعا
ولما لم يثبت حكم الحدث في الفم حيث لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب غسله جازت قراءة
المحدث دون الجنب قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير فإن غسل الجنب فمه ليقرأ أو غسل المحدث
يده ليمس لم يطلق القراءة ولا المس للجنب ولا المس للمحدث هذا هو الصحيح لأن ذلك لا يتجزى وجودا وزوالا وقوله
ما كان متجافيا عنه أي متباعدا أي أن يكون شيئا ثالثا بين الماس والممسوس ولا يكون متصلا كالجلد المشرز هو الصحيح لأنه
لا يكون تابعا للماس كالكم ولا للممسوس كالجلد المشرز وقال صاحب التحفة اختلف المشايخ في الغلاف فقال
بعضهم هو الجلد الذي عليه وقال بعضهم هو الكم وقال بعضهم هو الخريطة وقوله وهو الصحيح الثاني

ردّ للشافعي وقوله بخلاف كتب الشريعة يعني كتب الحديث والفقه حيث ترخص لأهلها في مسها بالكم لأن فيه ضرورة
وفيه إشارة إلى أن مسها بلا طهارة مكروه وقوله ولا بأس بدفع المصحف إلى الصبيان معناه لا بأس بأن يدفع
الطاهرون المصحف إلى الصبيان المحدثين لأنه لو لم يكن كذلك فإما أن يمنع عنهم المصحف وفيه تضييع حفظ القرآن
أو يؤمروا بالتطهير وفي أمر الأولياء بتطهير الصبيان كلهم عن الناس الذكور منهم الحرج فرخص للأولياء أو
المعلمين الدافعين قوله هو الصحيح احتراز عما روي عن بعض مشايخنا أن دفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن
إليهم مكروه بناء على أن الدافع مكلف بعدم الدفع قال وإذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام وكان
عند تمام عادتها لم يحل وطؤها حتى تغتسل لأن الدم يدرّ بكسر الدال وضمها أي يسيل تارة وينقطع أخرى فلا بد
من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع بوجود ما زاد على زمان عادتها من الاغتسال فيحل وطؤها لأن الصلاة صارت
دينا عليها فصارت من الطاهرات حكما لأن الشرع إذا حكم عليها بوجوب الصلاة ولا يصح حال كونها حائضا دل
أنه حكم بطهارتها وفي بعض النسخ أو يمضي عليها وقت الصلاة كامل وقيل عليه إن كان كاملا صفة للوقت كان مرفوعا
ولكنه مجرور وإن كان صفة للصلاة كان الواجب كاملة وأجيب بأنه صفة للوقت والجر بالجوار كما في جحر ضب خرب
ومعناه الكامل في السببية فإنه إذا انقطع الدم في آخر الوقت بحيث تتمكن أن تغتسل وتحرم للصلاة كان ذلك
المقدار كاملا في إيجاب الصلاة عليها كما أن مضي كل الوقت على معنى أنه انقطع دمها في أول الوقت ودام الانقطاع
حتى مضى الوقت شرط في إلحاقها بالطاهرات في حل القربان ووجوب الصلاة وعلى هذا الأوفق في العبارة من نسخ المغني
الأول لأن الأولى أوضح في أدائه وقوله ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث وقوله فوق الثلاث مستغنى
عنه خارج مخرج الغالب وإن انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل وحل الوطي لا يتوقف على انقطاع
الدم لكن ذكره بمقابلة قوله أولا وإذا انقطع الدم وكذا لما ذكر أنه لا مزيد للحيض على العشرة وجب عليها الصلاة
لأنا تيقنا بمجرد انقطاع الدم بخروجها من الحيض فإذا أدركت جزءا من الوقت قليلا كان أو كثيرا كان عليها قضاء تلك
الصلاة بخلاف ما إذا كان أيامها دون العشرة فإن فيه مدة الاغتسال من جملة حيضها فلا بد من الوقت مقدار
ما يمكنها أن تغتسل فيه وتحرم للصلاة لتصير مدركة لجزء من الوقت بعد الطهارة فيجب عليها قضاء تلك الصلاة
وقوله إلا أنه لا يستحب استثناء من قوله حل وطؤها يعني أنه لا يستحب وطؤها قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد
فإن ظاهر النهي فيها يوجب حرمة القربان قبل الاغتسال في الحالين بإطلاقه كما قال زفر والشافعي رحمهما الله
قال والطهر المتخلل بين الدمين في مدة الحيض إذا أحاط الدم بطرفي مدة الحيض كان كالدم المتوالي في رواية
عن أبي حنيفة رحمه الله ووجهه ما ذكره في الكتاب أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط فيعتبر أوله وآخره
والطهر المتخلل بينهما تبع لهما كالنصاب في باب الزكوة فإن شرط وجوبها كمال النصاب في طرفي الحول والنقصان
في خلاله لا يضر مثاله مبتدأة رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لإحاطة
الدم بطرفي العشرة ولو رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا وعن أبي يوسف رحمه الله
وهو رواية عن أبي حنيفة وقيل هو آخر أقوال أبي حنيفة أن الطهر إذا كان أقل من خمسة عشر يوما لا يفصل
بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي مثاله مبتدأة رأت يوما وثمانية طهرا ويوما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لإحاطة
الدم لأنه طهر فاسد لا يصلح للفصل بين الحيضتين لأن أقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فلذلك لا يصلح للفصل
بين الحيضتين لأن الفاسد لا يتعلق به أحكام الصحيح شرعا فكان كالدم المتوالي مثاله مبتدأة رأت يوما دما وأربعة عشر
طهرا ويوما دما فالعشرة من أول ما رأت عنده حيض يحكم بلوغها به وكذلك إذا رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما
دما قوله والأخذ بهذا القول أي قول أبي يوسف أيسر للمفتي والمستفتي لأن في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها واعلم
أن إحاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن عند محمد لطرفي مدة الحيض كما تقدم وعلى هذا لا يجوز بداية الحيض ولا
ختمه بالطهر لأن الطهر ضد الحيض والشيء لا يبدأ بضده ولا يختم به وعن أبي يوسف لطرفي الطهر المتخلل وعلى هذا يجوز

بداية الحيض ولا ختمه بالطهر لان الطهر ضد الحيض والشيء لا يبدأ بضده ولا يختم به وعن ابي يوسف لطهر في الطهر
المتخلل وعلى هذا يجوز بداية الحيض بالطهر وختمه ايضا ويجوز بدايته به اذا كان قبله دم ولا يختم به حينئذ
ويجوز ختمه به اذا كان بعده دم لا قبله مثاله قول ابي يوسف من المسائل امرأة عادتها في اول كل شهر خمسة ايام
فرأت قبل ايامها يوما دما ثم طهرت خمستها ثم رأت يوما بعده خمستها حيض اذا جاوز المرئي عشرة
لاحاطة الدمين بزمان عادتها وان لم تر فيه شيئا واما اذا لم يجاوز فيكون جميع ذلك حيضا وكذلك لو رأت قبل
خمستها يوما دما ثم طهرت اول يوم من خمستها ثم رأت ثلاثة دما ثم طهرت اخر يوم من خمستها ثم استمر
بها الدم فحيضها خمستها عنده وان كان ابتداء الخمسة وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وان الطهر
بين الدمين اذا كان دون ثلاثة لا يكون بالاتفاق وما دون خمسة عشر كذلك عند ابي يوسف كما مر آنفا وعند
محمد اذا بلغ ثلاثة فصاعدا فان استوى الدم والطهر في ايام الحيض او غلب الدم فكذلك وان غلب الطهر صار
فاصلا وحينئذ ان لم يمكن جعل واحد منهما بانفراده حيضا لا يكون شيء منه حيضا وان امكن
ذلك جعل حيضا سواء كان المتقدم او المتأخر وان امكن جعل كل واحد منهما جعل اسرعهما امكانا حيضا فقط
اذ لم يتخلل بينهما طهر تام مثاله مبتدأة رأت يوما دما ويومين طهرا ويوما دما فالاربعة حيض ولو رأت يوما
دما وثلاثة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منها حيضا لغلبة الطهر وان رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويومين دما
فالستة كلها حيض لاستوائهما فغلب الدم لان اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة واعتبار الطهر
يوجب حل ذلك واذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام كما في التحري في الاواني فان الغلبة اذا كانت للنجاسة
او كانا سواء لا يجوز التحري فيها امثله وان رأت ثلاثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فحيضها الثلاثة الاولى
لان الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم بانفراده يمكن ان يجعل حيضا فجعلناه حيضا ولو رأت يوما دما وخمسة
طهرا وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الاخيرة لما بينا ولو رأت ثلاثة دما وستة طهرا وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الاولى
لانه اسرعهما امكانا فان قيل قد استوى الدم بالطهر فلو لم يجعل كالدم المتوالي اجيب بان استواءهما انما
يعتبر في مدة الحيض واكثر الحيض عشرة والمرئي في العشرة ثلاثة دم وستة طهر ويوم دم فكان الطهر غالبا
فلهذا صار فاصلا قال واقل الطهر خمسة عشر يوما اقل الطهر الذي يكون بين الحيضتين خمسة عشر
يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله والظاهر انه منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم لانه مقدار
والمقادير في الشرع لا تعرف الا سماعا ذكر في المحيط ان الله تعالى اقام الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام
الطهر والحيض وما اضيف الى شيئين ينقسم عليهما نصفان فينبغي ان يكون نصف الشهر حيضا ونصف الشهر
طهرا الا انه قام الدليل على نقصان الحيض عن النصف فبقي الطهر على ظاهر القسمة وهذا الاستدلال منقول
عن الشيخ ابي منصور الماتريدي رحمه الله وفيه نظر لما ان المقادير لا تعرف الا توقيفا وكذا ما ذكر في المبسوط
ان مدة الطهر نظير مدة الاقامة خمسة عشر يوما فكذلك اقل مدة الطهر ولهذا قدرنا اقل مدة الحيض بثلاثة
ايام اعتبارا باقل مدة السفر فان كل واحد منهما يؤثر في الصوم والصلاة لكن ما ذكر في المبسوط يمكن ان يستند
الى السماع بجعل الاخبار الواردة في مدة الاقامة واردة فيه لتساويهما فيما ذكرنا فكان من باب الدلالة وفيه
بعد قوله ولا غاية لاكثره اي لاكثر الطهر ومعناه انها تصلي وتصوم ما ترى الطهر وان استغرق عمرها
قوله لانه اي الطهر يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة
فانه يكون حينئذ لاكثره غاية عند عامة العلماء خلافا لابي عصمة سعد بن معاذ المروزي والقاضي ابي حازم
فانه لا غاية لاكثره عندهما على الاطلاق لان نصب المقادير بالسماع ولا اجماع ههنا وعلى هذا اذا بلغت امرأة فرأت
عشرة دما وستة اشهر طهرا ثم استمر بها الدم بعدهما فطهرها ما رأت وحيضها عشرة ايام تدع الصلاة
من اول زمان الاستمرار عشرة ايام وتصلي ستة او ستين فان طلقها زوجها تنقضي عدتها بثلاث سنين او ست

سنين

ستين وثلاثين يوما واما العادة فقد اختلفوا في التقدير فقال محمد طهرها تسعة عشر يوما لان اكثر الحيض في كل شهر
عشرة والباقي طهر وتسعة عشر يقين وقال محمد بن سلمة طهرها سبعة وعشرون يوما فما دونها لان اقل
الحيض ثلاثة ايام فترتفع عن شهر فبقي سبعة وعشرون يوما وقال محمد بن ابراهيم الميداني طهرها ستة اشهر
الا ساعة وعليه الاكثر لان اقل المدة التي ترتفع الحيض فيها ستة اشهر وهو اقل مدة التي ترتفع الحيض فيها ستة اشهر
وهو اقل مدة الحمل الا ان ما عليه الاعتماد ان مدة الطهر اقل من مدة الحمل فنقصنا منه شيئا يسيرا وهو ساعة
فتنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لجواز ان يكون وقوع الطلاق عليها في حالة الحيض فيحتاج
الى ثلاثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة وحيض عشرة ايام وقال الحاكم الشهيد طهرها شهران وهو رواية
ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لان العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر في الشهرين عادة اذ
الغالب ان النساء يحضن في كل شهر مرة فاذا طهرت في ايام عادتها والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة
لها فوجب التقدير به قيل والفتوى على قول الحاكم لانه ايسر على المفتي والنساء وفيه اقوال اخرى تركها مخافة الاطناب
ولما كان في الاقوال فيه كثرة اعرض المصنف عنها بالكلية ويعرف ذلك في كتاب الحيض قال ودم الاستحاضة
كالرعاف الدائم واضح قوله بنتيجة الاجماع قيل اي بدلالته وتقريره اجمع المسلمون على وجوب الصلاة
وهو يوجب وجوب الصوم وحل الوطء بطريق الاولى لانه لما جعل الدم عدما في حق الصلاة مع المنافاة الثابتة
بينهما لكونه منافيا لشرطها فلان يجعل عدما في حق الصوم والوطء اللذين لا منافاة بينهما اولى قال في
الكافي تفسير نتيجة الاجماع بدلالته غير صحيح لفظا ومعنى والتفسير بالحكم اشد طباقا قال الشيخ عبد العزيز
رحمه الله قد يجوز ان يسمى نتيجة من حيث ان دلالة النص او الاجماع متفق عليه نصا وليس كذلك فلذلك لا يكفر
بالدلالة قال ولو زاد الدم على عشرة ايام يعرض منه لما هو المتفق عليه فان الدم اذا زاد على عشرة ايام ولها
عادة معروفة دون العشرة ردت الى ايام عادتها باتفاق اصحابنا واما اذا زاد على عادتها المعروفة دون
العشرة فقد اختلف فيه المشايخ فذهب ائمة بلخ رحمهم الله الى انها تؤمر بالاغتسال والصلاة لان حال
الزائد متردد بين الحيض والاستحاضة لانه ان انقطع الدم قبل العشرة كان حيضا وان جاوز العشرة كان استحاضة
فلا تترك الصلاة مع التردد وقال مشايخ بخارى رحمهم الله لا تؤمر بالاغتسال والصلاة لانا عرفناها حائضا بيقين
ودليل بقاء الحيض وهو رؤية الدم قائم ولا يكون استحاضة حتى يستمر فيجاوز العشرة ولا دليل على ذلك فلا تؤمر
بالاغتسال والصلاة لانا عرفناها حائضا بيقين ودليل بقاء الحيض وهو رؤية الدم قائم ولا يكون استحاضة
حتى يستمر فيجاوز العشرة ولا دليل على ذلك فلا تؤمر بالاغتسال والصلاة حتى يتبين امرها فاذا جاوز علم
امرت بقضاء ما تركت من الصلاة بعد ايام عادتها قال في المجتبى وهو الاصح قوله والذي زاد
على العادة المعروفة استحاضة لقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها وايام اقرائها
عادتها المعروفة فما زاد عليها لا تدع فيها الصلاة والا لم يبق للاضافة فائدة قوله ولان الزائد دليل آخر وتقريره
الزائد على العادة يجانس الزائد على العشرة وكل ما يجانس الزائد على العشرة فمن جنسه الندرة وكونها زائدة تبين
على العادة المعروفة وعورض بان الزائد على العادة يمكن ان يكون حيضا بخلاف الزائد على العشرة فاني يتجانسان وبمعارضة
اخرى وهي ان ما زاد على العادة يجانس العادة في كونهما في مدة الحيض فتعارض التجانس والجواب انهما لو اعتدا في امكان
الحيض او عدمه كانا متماثلين ولم ندع ذلك وان التجانس بين الزائدين من وجه كما ذكرنا وبين الزائد والعادة
من وجه كما ذكرتم فكان ما ذكرناه راجحا واما ان كل ما جانس الزائد على العشرة يلحق به فلان الجنسية علة الضم
قوله واذا رأت ابتداء مع البلوغ مستحاضة روي مبنيا للفاعل ومبنيا للمفعول واختاره صاحب النهاية
وجعل المستحاضة من باب جن واغمي لا اختيار لها وجعل مستحاضة نصبا على الحال المقدرة لقوله تعالى فادخلوها
خالدين لان الاستحاضة حال ابتداء رؤيتها الدم لم يثبت وانما يثبت بالزيادة على العشرة ولكن يحكم عليه

الزيادة على العشرة انها كانت مقدارة الاستحاضة عند ابتة اروبتها الدم قوله لانا عرفناه حيضا اي عرفنا
الدم المرئي في العشرة حيضا فلا يخرج عن كونه حيضا بالشك وتقريره ان المرئي في العشرة حال وجوده حكمنا بكونه
حيضا ولهذا لو انقطع الدم على العشرة حكمنا بكون كله حيضا فاذا زاد على العشرة وقع الشك في كون الزائد على
الثلاثة حيضا او لا فلا يترك ذلك اليقين بهذا الشك الذي حدث الا ترى

فصل

لما كان اكثر وقوعا قدمه ثم اعقبه الاستحاضة لانه اكثر وقوعا من النفاس باعتبار كثرة اسبابها فانها تكون مستحاضة بما اذا
رات الدم حال الحبل او زاد الدم على العشرة او زاد على معروفها وجاوز العشرة او رات ما دون الثلث او رات
قبل تمام الطهر او رات قبل ان تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة بخلاف النفاس فانه سببه شيء واحد وقدم حكم النجاسة
ومن بمعناها على تعريفها لان المقصود بيان الحكم ومن به سلس البول هو ما لا يقدر على امساكه والرعاف الدم الخارج
من الانف والجرح الذي لا يرقا اي الذي لا يسكن دمه من رقا الدم قوله يتوضون لوقت كل صلاة فهو حكم المسئلة
فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل والنذور والواجبات عندنا وقال الشافعي رحمه الله
يتوضا لكل صلاة مكتوبة واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضا لكل صلاة وبان اعتبار طهارتها ضرورة
اداء المكتوبة ولا ضرورة بعد ادائها فلا اعتبار بها بعد الفراغ منها فان قيل كل صلاة اعم من كونها مكتوبة او غيرها
فالتقييد بالمكتوبة تحكم وكما انه لا ضرورة بعد اداء المكتوبة لا ضرورة في النوافل اذ لا حرج في تركها فاعتبارها بها
بالنسبة الى المكتوبة دونها ايضا تحكم اجيب بان قوله لكل صلاة مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو المكتوبة
فينصرف اليها وان الحاجة في حق النوافل لم ترتفع لانها غير موضوع في كل وقت وفي الزام الطهارة حرج بين ورد بانا
لا نسلم ان صلاة هاهنا مطلق بل عام بدخول كلمة كل فلا يمشي ما ذكرتم وبانه لما جاز بعد اداء المكتوبة ان كانت باقية كما
الفرائض والنوافل في جواز الاداء بها وان لم يبق تساويا في عدم جوازه بها وفيه نظر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
المستحاضة تتوضا لوقت كل صلاة وهو اي الوقت مراد بالاول اي بما رواه الشافعي لان اللام تستعار للوقت يقال
اتيك لصلاة الظهر اي وقتها فكان ما رواه نصا محتملا للتاويل وما رويناه مفسرا لا يحتمله فيترجح عليه كما عرفت
في موضعه على ان الحفاظ اتفقوا على ضعف حديثه حكاه النواوي في المهذب قوله ولان الوقت اقيم مقام الاداء
دليل معقول والشارحون قالوا معناه ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير وهو قوله ثم في تقدير طهارتها بالصلاة
بعد الجهالة والحرج لان الناس يتفاوتون في اداء الصلاة فمنهم مطول لها ومنهم غير مطول فلم يكن ضبطه فقدرنا
طهارتها بالوقت دفعا للحرج وفيه نظر لانا اذا قدرنا طهارة كل تختص باداية ارتفعت الجهالة والحرج والجواب
ان ارتفاع الحرج ممنوع فانا اذا قدرنا طهارة كل تختص بادائه وفرضنا الفراغ عنه واوجبنا عليه وضوءا اخر لكل ما
يصلي من قضاء او واجب او نذر في وقته او مكتوبة اخرى في وقت اخر يتحقق الحرج في موضع التخفيف فان اعتبار طهارتها
ليس الا رخصة وتخفيفا وذلك يخلف باطل واذا اقام الوقت مقام الاداء يدار الحكم عليه لان الشيء اذا قام
مقام غيره اخر كان المنظور اليه ذلك الشيء وقد عرف ذلك في موضعه فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا
الوضوء لصلاة اخرى مسئلة ترك بطلان الوضوء يستلزمه واجيب بانه قد لا يستلزمه كالمتيمم لصلاة الجنازة
في المصر فانه اذا صلى عليها بطل تيممه بالنسبة الى غير صلاة الجنازة وبقيت في حق جنازة اخرى حضرت وتوجه
الصلاة عليها ان اشتغل بالوضوء وفيه تمحل كما ترى ويجوز ان يكون تاكيدا ويجوز ان يكون الاول لبيان
المذهب والثاني لنفي قول زفر فانه يقول استانفوا اذا دخل الوقت ويجوز ان يكون كالتفسير للاول فانه لما
بطل وضوءهم ربما يقول متعنت ان الوضوء كان باطلا بالحدث السابق فبين ان المراد ببطلان الوضوء وجوب
استيناف وضوء اخر لا البطلان المعهود قوله فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر
بيان موضع الخلاف فعند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد ما ذكر وعند ابي يوسف وزفر حتى يدخل وقت الظهر ولما كان
ذكر ابي يوسف مع زفر في هذه المسئلة كالمناقض لما ذكر من قوله فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الصلاة

لصلاة اخرى

لصلاة اخرى وهو عند علمائنا الثلاثة احتاج الى بيان الاصل المبني عليه فقال وحاصله اي حاصل ما ذكرنا من الاختلاف
في هذه المسئلة ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عند الخروج بالحدث السابق ولم يحكم بالاقتصار والظهور
عملا بالاحتياط فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله فقط عند زفر رحمه الله وبايهما كان عند ابي
يوسف رحمه الله وانما قال اي عندهما لان خروج الوقت ليس من صفات الانسان فصلا ان يكون الانتقاض بالحدث
السابق لكن الوقت مانع فاذا زال ظهر اثر الحدث فكانت النسبة الى الخروج مجازا واعترض بان الانتقاض لو استند
الى الحدث السابق لما وجب القضاء على من شرع في التطوع ثم خرج الوقت لانها شرع فيها بلا طهارة
والجواب ما ذكرنا ان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا كان الحكم دائرا عليه كان الانتقاض
مقتصرا من ذلك الوجه فكان ظهورا من وجه اقتصارا من وجه فعملنا بالوجهين جميعا فجعلناه اقتصارا
في القضاء وظهورا في حق المسح حتى ان المستحاضة لا تمسح على خفيها بعد خروج الوقت اذا كان الدم سائلا وقت
الوضوء واللبس وعند احدهما لان طهارتها اذا انتقضت استند الى الحدث السابق ولم يحكم بالاقتصار
والظهور عملا بالاحتياط فان الاحتياط فيه دون عكسه قوله وفائدة الخلاف لا تظهر الا فيمن توضا قبل
الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس انما انحصرت فيهما لان في الاولى دخولا بلا خروج فلا تنتقض عند
ابي حنيفة ومحمد حتى يذهب وقت الظهر وتنتقض عندهما وفي الثانية خروجا بلا دخول فينتقض عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله ولا ينتقض عند زفر هذا ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف رحمه الله كما ترى وقال
الامام محبوب الاسلام رحمه الله طهارتها لا تنتقض عند ابي يوسف رحمه الله بدخول بلا خروج كما هو
قولهما وقال فيما توضات قبل الزوال ودخلت وقت الظهر انما تحتاج الى الطهارة لاجل الظهر عنده
لا لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده بل لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقدمها على الوقت
وقال في طريق زفر الصحيح من مذهبه انه شرط كلا من ذلك يعني الخروج والدخول للانتقاض وانما لم تنتقض
الطهارة بطلوع الشمس لان قيام الوقت جعل عذرا وقد بقيت شبهته فتصلي لبقاء حكم العذر تخفيفا
قال صاحب النهاية ولهذا التقرير تعلم ان العلماء الاربعة كلهم متفقون على ان الحدث السابق انما
[illegible]

صلاة العيد بمنزلة الضحى من حيث انها ليست بمفروضة حتى قال بعض المشايخ انها صلاة الضحى انت جماعة **قوله** فعندهما اي
عند ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر وان كان الحكم عند الجميع كذلك لما ان الشبهة تاتي على قولهما لان عندهما الا ان
يقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول ومع ذلك ليس له ان يصلي العصر بهذه الطهارة لما ان هذا دخول
مشتمل على خروج فبين انه لم ينتقض بالدخول انتقضت بالخروج قيل وانما وضع المسئلة في الظهر ليتبين انه ليس بين
وقت الظهر والعصر وقت مهمل وما روى اسد بن عمرو عن ابي حنيفة ان ظل كل شيء اذا كان مثله خرج وقت الظهر
ولم يدخل وقت العصر ليس بصحيح **قال** والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة لما فرغ من بيان احكام
المستحاضة عرفها بقوله هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه **قال** الامام
التمرتاشي والمرغيناني والامام حميد الدين الضرير وغيرهم ان هذا التعريف للمستحاضة في حالة البقاء واما في
الثبوت فيشترط دوام السيلان من اول الوقت الى اخره اعتبارا بالسقوط فانه لا يستمر الا انها على ما يدل عليه ظاهر
كلام المصنف رحمه الله فانه ينتقض بالحائض لانها قد تكون على وجه لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت
به يوجد فيه وبما اذا رات الدم في اول الوقت ثم انقطع توضأت ودام الانقطاع عليها حتى خرج الوقت فان التعريف
صادق عليها وليست بمستحاضة بدليل عدم انتقاض طهارتها بخروج الوقت والمستحاضة تنتقض طهارتها بدليل والدليل
على عدم انتقاض طهارتها ما ذكره شمس الائمة السرخسي في الجامع الكبير وقال اذا توضات المستحاضة في وقت
العصر والدم منقطع وصلت ركعتين ثم دخل وقت المغرب ثم سال الدم فعليها ان تتوضأ وتبني على صلاتها لان انتقاض
الطهارة كان بالحدث لا بخروج الوقت ولم يوجد منها اذا بقي من الصلاة بعد الحدث فجاز لها ان تبني وان كان تعريفا
في الابتداء فقط كما قالوا فكذلك ويلزم اختلاف حقيقة الشيء بالنسبة الى الحالين والحقائق لا تختلف ولعل الصواب
ان يقال في تعريفها المستحاضة من ثبت عذرها باستمرار الدم من فرجها وقت صلاة كاملا ليس من اوقات الحيض
والنفاس ثم لا تخلو عنه منذ توضأت فيه ان دام فقوله من ثبت عذرها بمنزلة الجنس **وقوله** باستمرار الدم احتراز
عمن هو بمعناها ممن به انفلات ريح واطلاق بطن وغيرهما **وقوله** من فرجها احتراز عمن هو بمعناها عما اذا ثبت
عذرها باستمرار الدم من انفها او جرح لها فانها بمعناها وقوله وقت صلاة كاملا لبيان ثبوت عذرها ابتداء وقوله
ليس اي ذلك الوقت من اوقات الحيض والنفاس احتراز عما ورد على التعريف الاول من النقض بصورة الحائض
والنفساء كالحائض في الورود **وقوله** ثم لا تخلو المستحاضة عنه اي عن الدم منذ توضأت فيه اي في الوقت لبيان
الاستمرار ليس بشرط في البقاء ولاخراج ما ورد من النقض بقوله وبما اذا رات الدم في اول الوقت ثم انقطع فانه
الدم فيه كان قبل الوضوء والمعتبر ان يكون بعده او عنده **وقوله** ان دام يعني الحدث لبيان ان ثبوت كونها مستحاضة
لا يتوقف على قوله ثم لا تخلو عنه الى اخره وانما ذلك للبقاء وباستمرار الدم في وقت كامل يثبت ذلك وان انقطع في الوقت
الثاني بالكلية **وقوله** وكذلك كل من هو في معناها اي في معنى المستحاضة ان يكون حكمه حكمها **وقوله** وهو من ذكرنا
يعني قوله ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقا **قوله** ومن استطلاق بطن او انفلات
ريح عطف على قوله من ذكرناه واستطلاق البطن مشيه والانفلات خروج الشيء فلتة اي بغتة لان الضرورة بهذا
اي بما ذكرنا من الاحداث يتحقق وهي اي الضرورة تعم الكل فيكون حكم الكل حكم المستحاضة ولو اريد تعريف المعذور
قيل هو من حصل به دوام حدث وقت صلاة كاملا ثم لا يخلو عنه منذ توضأ فيه ان دام والقيود تعرف مما تقدم والله اعلم

فصل

الدماء المختصة بالنساء حيض واستحاضة ونفاس والنفاس اخرها ترتيبا لما
دل على ذلك فيما تقدم من ترتيب الحيض والاستحاضة والنفاس مصدر نفست المراة بضم النون وفتحها اذا ولدت
فهي نفساء وهن نفاس وفي الاصطلاح هو الدم الخارج عقيب الولادة **وقوله** تعقب الولادة صفة للدم لانه
لم يرد به معين فهو في معنى النكرة **قوله** ولانه ماخوذ فيه تسامح لانه تعليل في موضع التعريف وتداركه لانه
جعله من باب التسمية كانه قال سمي الدم الخارج عقب الولادة بالنفاس لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او النفس

بالدم

بالدم او من خروج النفس فيكون الفاء بمعنى الولد وبمعنى الدم من قولهم له نفس سائلة **قال** صاحب المغرب
واما اشتقاقه من تنفس الرحم او خروج النفس بمعنى الولد فليس بذاك وذكر في المجتبى انه مشتق من تنفس الرحم
او النفس او الولادة على ما قال شاعرهم اذا نفس المولود من آل خالد بدا كرام للناظرين قريب
وقد وجد ذلك كله **قوله** والدم الذي تراه الحامل ابتداء اي حال الحبل او حال ولادتها قبل خروج الولد
استحاضة وان كان ممتدا اي بالغا نصاب الحيض وقال الشافعي هو حيض اعتبارا بالنفاس يعني اذا ولدت ولدين
في بطن واحد فرات الدم قبل خروج الولد الثاني وذلك نفاس عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
والجامع كونهما جميعا من الرحم ولنا ان الحيض دم الرحم ودم الرحم لا يوجد من الحامل لان بالحبل ينسد فم الرحم
لان الله تعالى اجرى عادته بذلك لئلا ينزل ما فيه لكون الثقب من اسفل والاعتبار بالنفاس فاسد لانه انما يكون
بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله لان فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم هذا اذا خرج اكثر الولد فاما اذا خرج اقله فلا يصير نفساء وان خرج
الدم لان النفاس ما يعقب الولد ولم يوجد الولد لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه ليس للاقل حكم الكل وانما قيد
البعض لاختلاف وقع في الرواية روى خلف ابن ايوب عن ابي يوسف بعد خروج بعض الولد وروى هشام
عن محمد بعد خروج الراس ونصف البدن او الرجلين واكثر من نصف البدن وعنه انها لا تصير نفساء حتى يخرج
جميع ولدها وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في خروج الاكثر وهو صحيح على ما ذكر في
خلف بن ايوب واما محمد فلم يذكر انه مع ابي حنيفة وليس على قياس مذهب محمد فان مذهبه ان النفاس انما يثبت
بوضع الحمل فما لم يوجد وضع الحمل كله لا يثبت النفاس فلعل المصنف اطلع على رواية فيها **قوله** والسقط الذي
استبان بعض خلقه كاصبع ونحوه ولد فتصير المراة به نفساء وتصير الامة ام ولد به ان ادعاه المولى والعدة تنقضي
والذي لم يستبن من خلقه شيء فلا نفاس لها ولكن ان امكن جعل المرئي من الدم حيضا بان يدوم الى اقل مدة الحيض
ويتقدمه طهر تام يجعل حيضا وان لم يكن كان استحاضة **قال** واقل النفاس لا حد له لا حد لاقل النفاس
قال شيخ الاسلام في مبسوطه اتفق اصحابنا على ان اقل النفاس ما يوجد فانها كما ولدت اذا رات الدم ساعة ثم انقطع
عنها الدم فانها تصوم وتصلي وكان ما رات نفاسا لا خلاف في هذا بين اصحابنا انما الخلاف فيما اذا وجب اعتبار اقل
النفاس في انقضاء العدة بان قال لها اذا ولدت فانت طالق فقالت انقضت عدتي فاي مقدار يعتبر لاقل النفاس
مع ثلاث حيض عند ابي حنيفة رحمه الله يعتبر اقله خمسة وعشرين يوما وعند ابي يوسف باحد عشر يوما
وعند محمد بساعة وهذا كما ترى يقتضي وجود الدم فان ولدت ولم تر دما فهي نفساء في رواية الحسن عن
ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ثم رجع ابو يوسف وقال هي طاهرة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الغسل
فاما الوضوء فواجب بالاجماع كذا في المحيط واكثر المشايخ اخذوا بقول ابي حنيفة وبعضهم اخذ بقول
ابي يوسف وهو القياس لان النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة فاذا لم يكن لها نفاس كيف تكون نفساء
وقول ابي حنيفة احوط وانما لم يقدر اقله بحد لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل
علما فيه بخلاف الحيض فانه اشترط فيه امتداد الدم ثلاثة ايام ليعلم ان ذلك الدم من الرحم اذ لا دليل على كونه
من الرحم وفي النفاس قد علم ذلك بانفتاح فم الرحم بخروج الولد **قوله** واكثره اربعون يوما ظاهر ومذهبنا
مروي عن ابن عمر وعايشة وام سلمة وام حبيبة رضي الله عنهم ومثله لا يعرف الا سماعا وهو الموافق للمعقول
لانهم اجمعوا على ان اكثر مدة النفاس اربعة امثال مدة الحيض وقد ثبت في باب الحيض ان اكثر مدة الحيض عشرة ايام
بلياليها فكان اكثر مدة الحيض لان الزوج لا يحل له في الولد قبل اربعة اشهر فيجتمع الدم اربعة اشهر في كل شهر عشرة
ايام **قوله** وان جاوز الدم الاربعين ظاهر **قوله** وان ولدت ولدين في بطن واحد يعني ان يكون بينهما اقل من
ستة اشهر **قوله** وان كان بين الولدين اربعون احتراز عما قال بعض المشايخ فيما اذا كان بين الولدين اربعون يوما

ظاهر او منه هنا مروي عن ابن عمر وعائشة وام سلمة وام حبيبة رضي الله عنهم ومثله لا يعرف الا سماعا وهو الموافق
للمعقول لانهم اجمعوا على اكثر مدة النفاس اربعة امثال مدة الحيض وقد ثبت في باب الحيض عشرة ايام فيلزم ان يكون
اكثر مدة النفاس اربعين يوما وانما كان اكثر مدة النفاس اربعة امثال اكثر مدة الحيض لان الزوج لا يدخل في الولد قبل
اربعة اشهر فيجمع الدم اربعة اشهر في كل شهر عشرة ايام **وقوله** وان جاوز الدم الاربعين فطاهر **وقوله** والتوأم
ولدين في بطن واحد يعني ان يكون بينهما اقل من ستة اشهر وقوله وان كان بين الولدين اربعون يوما احترازا عما قال
بعض المشايخ فيما اذا كان بين الولدين اربعون ان النفاس فيه يكون من الولد الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله ايضا ولم يصحح وانما الصحيح ما اختاره المصنف بان اكثر مدة النفاس اربعون يوما وقد مضت فلا يجب
النفاس بعدها ودليل كل واحد على ما ذكره في الكتاب واضح **قوله** والعدة تعلقت بوضع الحمل جواب عن قياس محمد
النفاس على انقضاء العدة ووجهه ان العدة تنقضي بوضع حمل مضاف اليها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن والحمل اسم لكل ما في البطن وما بقي الولد في بطنها موجود الا كانت حاملا فلا تنقضي العدة حتى تضع الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

لما فرغ عن بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في
بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها لان الاولى اقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلاة بالاتفاق فكان بالتقديم اولى
وتقدير كلامه باب بيان انجاس والانجاس جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الاصل مصدر ثم استعمل
اسما **قال** الله تعالى انما المشركون نجس وكما انه يطلق على الحقيقي يطلق على الحكمي الا انه لما تقدم بيان الحكمي
من الحدث اطلقه **وقوله** وتطهيرها اي تطهير محالها من البدن والثوب والمكان الا انه لما اضافه الى ضمير الانجاس
انثه والكلام في هذا الباب في مواضع في الدليل الموجب للتطهير وفي آلة التطهير وفي بيان انواع النجاسة وفيما يتعلق به
التطهير به **قوله** تطهير النجاسة اي تطهير محل النجاسة باثبات الطهارة فيه كما ذكرنا وقيل تطهير النجاسة
اي ازالتها واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي فيه لقوله تعالى وثيابك فطهر امر بتطهير الثياب مطلقا
وهو للوجوب فان قيل قد قال المفسرون معناه فقصر فلا يستدل الا على ازالة النجاسة اجيب بان ذلك مجاز والاصل
هو الحقيقة على ان تقصير الثياب يستلزم الطهارة عادة فيكون امرا بتطهير الثوب اقتضاء واذا كان تطهير الثوب
واجبا لصيانة حال المناجاة كان تطهير المكان والبدن كذلك لمساواة الاول المنصوص او لاولوية الثاني وقوله صلى
الله عليه وسلم حتيه واقرصيه ثم اغسليه بالماء الحت القشر باليد او العود والقرص باطراف الاصابع لايقال
الحديث روته اسماء بنت ابي بكر حين سألته عن دم الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه لانا نقول الموجب لوجوب تطهير
كونه نجسا لا خصوصيته كدم الحيض فيلحق به كل ما كان نجسا ثم المعتبر في طهارة المكان ما تحت قدم المصلي فان كان فيه
اكثر من قدر الدرهم فالصلاة فاسدة وان كانت في موضع السجود فكذلك في رواية محمد عن ابي حنيفة رحمهما
الله وفي رواية ابي يوسف عنه جائزة **قوله** ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر **وقوله** طاهر احتراز عن بول
ما يؤكل لحمه فانه لا يصح ان التطهير لا يحصل به وقيل يحصل حتى لو غسل ... ما لم يحصل به نجس
قال شمس الائمة السرخسي والاصح ان التطهير بالنجس لا يكون لتضاد بين الوصفين وكذا الحكم في الماء
المستعمل **وقوله** مما يمكن ازالتها به احتراز عن الدهن والسمن وما اشبه ذلك لان الازالة انما تكون بان تخرج اجزاء
النجاسة مع المزيل شيئا فشيئا وذلك انما يتحقق فيما ينعصر بالعصر وانما ذكر الماء وان كان جواز التطهير به
ثابتا بالاجماع ليعلم ان الازالة غير واجبة به بل يجوز به وبغيره **وقوله** لانه ينجس باول الملاقاة يعني اختلاطه
بالنجاسة والنجس لا يفيد الطهارة وظاهره يتقوى ما ذكرنا من رواية شمس الائمة في بول ما يؤكل **وقوله** الا ان
هذا القياس ترك في الماء للضرورة جواب عما يقال فهذا المعنى موجود في الماء ايضا فيلزم شمول الجواز
او عدمه **وقوله** ولهما ان المائع قالع طاهر وحاصله ان الاشتراك في العلة يوجب في المعلول والماء مطهر لعلة القلع
والازالة وهذه العلة موجودة في الخل واشباهه فتكون مطهرة كالماء **قوله** والنجاسة للمجاورة جواب عن

استدلالهم

عن استدلالهم وهو في الحقيقة قول بالموجب اي سلمنا انه ينجس باول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسا لعينه بل كانت
النجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة بالعصر بقي المحل طاهرا لايقال التعليل بالقلع لا يجوز لان النص يقتضي
الغسل بالماء قال عليه السلام ثم اغسليه بالماء لانا نقول الغسل بالماء اما ان يكون واجبا لعينه او لغيره والاول ممنوع
لان المصلي اذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جازت الصلاة بالاخلاف والثاني مسلم فانه واجب للتطهير
وهو يحصل باستعمال المائع حصوله باستعمال الماء على ما بينا **وقوله** وجواب الكتاب اي القدوري وهو
قوله ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر الى آخره مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما **وقوله** وعنه اي عن ابي
يوسف في رواية الحسن بن مالك عنه انه فرق وقال لا يجوز في البدن الا الماء لان غسل البدن طريقة العبادة فاختص بالماء
كالوضوء وغسل الثوب طريقة ازالة النجاسة فلم يختص بالماء كالحت وهو ضعيف لان الكلام فيما اذا كان عين النجاسة
ثابتة بالبدن ولا فرق بين ازالتها منه وازالتها من الثوب **قال** واذا اصاب الخف نجاسة النجاسة اذا اصابت
الخف فاما ان يكون لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني او لا يكون كالبول والخمر ونحوهما والاول اما ان حصل
له جفاف ام لا فان حصل له ذلك فدلكه بالارض جاز اي طهر في حق جواز الصلاة استحسانا واما اذا اصابه المائع
ذلك فهل يكون نجسا كما كان فيه روايتان وقال محمد لا يجوز الصلاة به وهو القياس اي على الثوب والبساط جامع ان
النجاسة تداخلت في الخف بتداخلها فيهما واليه اشار بقوله لان المتداخل في الخف الى آخره الا في المني فانه يطهر على
ما سنذكره وقيده بالدلك بالارض رواية الارض وذكر في الجامع الصغير انه حكه او حته بعد ما يبس طهر وهما
استحسانا بالاثر وهو ما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه في حديث خلع النعال انه صلى الله عليه وسلم صلى يوما
فخلع نعليه في الصلاة فخلع القوم نعالهم فلما فرغ سألهم عن ذلك فقالوا رايناك خلعت نعليك فقال صلى الله عليه
وسلم اتاني جبريل فاخبرني ان بهما اذى فخلعتهما ثم قال اذا اتى احدكم المسجد فليقلب نعليه فان كان بهما اذى
فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور والاذى هو ما يستقذر كانه يؤذي من يقربه نفرة وكراهة جعل المسح
بالارض طهورا وهو مفسر لا يقبل التاويل لايقال الا الحديث ساقط العبرة لانه عليه السلام لم يستقبل الصلاة
لجواز ان يكون الخطر مع النجاسة نزل في ذلك الوقت ولاحتمال ان تكون اقل من قدر الدرهم **قوله** ولان الجلد
لصلابته استدلال بالمعقول وهو ظاهر وان لم يحصل لهما جفاف لا يطهر حتى يغسله لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا مشى على الروث ثم مسح خفه على الارض حتى لم يبق فيه اثر النجاسة ولا
رائحتها يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى يعني **قوله** فليمسحهما بالارض الحديث فانه لم يفرق بين الرطب
واليابس وعليه مشايخنا **قال** شمس السرخسي وهو صحيح وعليه الفتوى للضرورة فان قيل الحديث كما لم
يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وبين ما ليس له جرم فكان الواجب ان يستويا في الحكم اجيب بانه
فرق بينهما واخرج التي لا جرم لها بالتعليل وهو قوله صلى الله عليه وسلم بان الارض لهما طهور اي مزيل نجاستهما
ونحن نعلم ان الخف اذا تشرب البول او الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه عن اجزاء الارض فكان اطلاقه مصروفا
الى القدر الذي يقبل الازالة بالمسح وهو ما له جرم والثاني اعني الذي لا جرم له لا يطهر الا بالغسل لان الاجزاء
تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقد روي عن ابي يوسف ان ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له فاذا جف فدلكه
بالارض طهر كالتي لها جرم واذا اصاب الثوب لا يطهر الا بالغسل لان الثوب لتخلخله اي لكونه متخلخلا يتداخله كثير
من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل واما المني اذا اصاب الثوب فان كان رطبا فهو نجس يجب غسله وان جف
على الثوب اجزأ فيه الفرك استحسانا والقياس ان لا يطهر بالفرك لانه دم الا انه نضج فهو كسائر انواع الدم لا
يطهر الا بالغسل ووجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه
ان كان يابسا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في جعله طاهرا مستدلا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما انه قال المني
كالمخاط فامطه عنك ولو باذخره فان قيل اذا استدل الشافعي بحديث ونحن بحديث فما وجه قول المصنف والحجة

عليه ما روينا فالجواب انه وجد ذلك ان حديثه لا يدل عليه لان قوله كالمخاط لا يقتضي ان يكون طاهرا لجواز ان التشبيه
في اللزوجة وقلة التداخل وطهارته بالفرك والامر به لا اماطة مع كونه للوجوب يستدعي ان يكون نجسا لان ازالة
ما ليس بنجس ليست بواجبة على انه موقوف عليه فلا يصح به الاحتجاج وقوله وقال صلى الله عليه وسلم دليل اخر على نجاسته
روي انه صلى الله عليه وسلم مر بعمار بن ياسر وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال صلى الله عليه وسلم ما نخامتك ودموع عينك
والماء في ركوتك الا سواء انما يغسل الثوب من خمس من البول والغائط والدم والمني والقيء وفي رواية الاسرار الخمر مكان
القيء وفي الاسرار لا يقال الاستدلال به يقتضي غسله رطبا ويابسا والشافعي قائلين به فكان متروكا لان حديث عائشة
مفسر في جواز فرك اليابس وهذا يحتمل ان يكون المراد الرطب فيحمل عليه توفيقا بينهما ولو اصاب المني البدن قال مشايخنا
قيل يريد مشايخ ما وراء النهر يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد لانفصاله لا للثوب عن اليمنى دون البدن وروي عن ابي
حنيفة رحمه الله انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا تعود ما تشرب منه البدن الى الجرم ولهذا قال
فانما يطهر بالفرك نصار البدن لا يمكن فركه **قال** والنجاسة اذا اصابت المراة اذا اصابت النجاسة جسما صقيلا
لا اجزاء صقيلا كالمراة والسيف والسكين ونحوها اكتفى بمسحه لانه لا تتداخلها النجاسة فلا يحتاج الى الاخراج من الداخل
وما على ظاهره يزول بالمسح ولا فصل في ذلك بين الرطب واليابس والعذرة والبول وذكر في الاصل ان البول والدم لا
يطهر الا بالغسل والمصنف رحمه الله كانه اختار ما ذكره الكرخي ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها واذا اصابت الارض نجاسة فذهب اثرها وهو
اللون والرائحة بالجفاف جازت الصلاة على مكانها **وقوله** بالشمس ليس بشرط في طهارتها وانما وقع اتفاقا فان الارض
في العادة تجف بالشمس وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان النجاسة حصلت في المكان والمزيل لم يوجد ولهذا
لم يجز به التيمم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها اي طهارتها جفافها اطلاقا لاسم السبب على المسبب
لان الزكاة وهي سبب الطهارة في الذبيحة وجعل صاحب الاسرار هذا الحديث موقوفا على عائشة رضي الله عنها قال وانما
الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا فقوله ايما ارض جفت فقد ذكت وصاحب المغرب جعله قول محمد بن الحنفية
ولقائل ان يقول معناهما واحد فيجوز ان يكون نقلا بالمعنى فيكون مرفوعا **قوله** وانما لا يجوز التيمم جواب عن قولهما ولهذا
لا يجوز التيمم به لان طهارة الصعيد شرط بالكتاب **قال** تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فلا يتأدى بما ثبت بخبر
الواحد لانه لا يفيد القطع ولا يكون الطهارة قطعية بجفاف الارض والكتاب يقتضي ذلك. فان قلت الذي تقدم ان
طهارة المكان ثبتت بدلالة قوله تعالى وثيابك فطهر والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة في كونه قطعيا حتى يثبت الحدود
والكفارات بدلالة النصوص فوجب ان لا يجوز الصلاة عليها كما لا يجوز التيمم بها. اجيب بان الاية ما هي قطعية
لان المفسرين رحمهم الله اختلفوا في تفسيرها فقيل المراد به تطهير الثوب وقيل تقصيره للمنع عن التكبر والخيلاء
لان العرب كانوا يجرون اذيالهم تكبرا. وقيل المراد تطهير النفس عن المعايب والاخلاق الردية واذا كان كذلك
كانت ظنية الدلالة ولهذا لم يكفر من انكر اشتراط طهارة الثوب وهو عطا فكون الدلالة كذلك. فان قيل فالطيب ايضا
يحتمل الطاهر والمنبت وعن الثاني حمله ابو يوسف والشافعي رحمهما الله ولا يجوز ان يكونا مرادين لعدم
عموم المشترك فيكون ما ولا هو من اخ الطيبة كالعام فيجب ان يجوز التيمم. اجيب بان الاجماع لما انعقد على ان الطيب
مراد لكن الطاهر مراد بالاجماع كما تقدم وانما الخلاف في اشتراط الانبات فيكون اشتراط الطهارة قطعيا فلا يتأدى بما
ثبت بطهارة الواحد **قال** وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة النجاسة ان يكون غليظة او خفيفة او
فان كانت غليظة وهي ما ثبت بدليل مقطوع به كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار اذا كانت قدر الدرهم
جازت الصلاة معه **وقوله** وما دونه مستغنى عنه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة
وكثيرها سواء لان الموجب النص للتطهير وهو قوله تعالى وثيابك فطهر ولم يفصل بين القليل والكثير ولنا ان القليل منها لا يمكن
التحرز عنه فان الذباب يقعن على النجس ثم على الاثواب وكذلك دم البراغيث غير ممكن التحرز فكان في القليل ضرورة

ومواضع

ومواضع الضرورة مستثناة في دلائل الشرع فجعل عفوا وقدرناه اي القليل بقدر الدرهم يعني ذلك لا يمنع فاذا زاد عليه
منع وهو قول الشعبي اخذنا به لانه اوسع وكان النخعي يقول اذا بلغت مقدار الدرهم منعت. **وقوله** اخذا مفعول مطلق
من قدرناه لان فيه معنى الاخذ فالمراد بقدر الدرهم موضع خروج الحدث **قال** النخعي استقبحوا ذكر المقاعد في
مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم ووجه الاخذ ما قال صاحب الاسرار ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من استجمر فليوتر ومن
لا فلا حرج عليه والاستجمار هو الاستنجاء بالحجارة ولا حرج في ذلك فعلم انه سقط حكمه لعلة النجاسة وان ذلك
القدر عفو ومما ثبت ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يكتفون بالحجارة في الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجي
به في الماء القليل نجسه فاكتفاؤهم به دليل على ان القليل من النجاسة عفو ثم روي عن محمد رحمه الله اعتبار الدرهم
من حيث المساحة حيث قال في النوادر الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف وروي من حيث الوزن وهو الدرهم
الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وهو الذي ذكره في كتاب الصلاة فقال الفقيه ابو جعفر توفق بين الفاظ
محمد فنقول ان الاولى يعني رواية المساحة في الرقيق منها والثانية يعني رواية الوزن في الكثيف **وقوله** وانما كانت
نجاسة هذه الاشياء يعني المذكورة في اول البحث مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به قيل بالاجماع وقيل التغليظ عند
ابي حنيفة رحمه الله يثبت بنص لا معارض له وعندهما يثبت بالاجماع وفي الكتاب اشارة الى ذلك وقيل المراد
بالدليل القطعي ان يكون سالما من الاسباب الموجبة للتخفيف من تعارض النصين وتجاذب الاجتهاد والضرورة فالخفيفة
وان كانت خفيفة وهي ما ثبتت بغير مقطوع به كبول ما يؤكل لحمه جازت معه حتى يبلغ ربع الثوب روي عن ابي حنيفة
وهو مروي عن محمد ايضا لان التقدير بالكثير الفاحش والكثير الفاحش ما يستكثره ويستفحشه والربع ملحق بالكل في
حق بعض الاحكام كمسح الرأس وانكشاف العورة وغيرهما فيلحق به ههنا وبالكل يحصل الاستفحاش فكذلك ما قام مقامه
ثم اختلف في التفسير الثوب فقيل ادنى ثوب يجوز فيه الصلاة كالمئزر وهو مروي عن ابي حنيفة ويقويه ما قال
ابو بكر الرازي تعتبر السراويل احتياطا لانه اقصر الثياب وقيل ربع الثياب الذي اصابه كالذيل وهو ما يفهم
من قولك لرجل لان شمر الذيل والكم والدخريص وعن ابي يوسف شبر في شبر وعنه تقدير الكثير الفاحش به وهذا
لان حكم النجاسة التي لها جرم ساقط العبرة في الخفاف لطهارته بالمسح على قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي رواية عن
محمد وبالحجر ان كانت العين فلا شك في بقاء الاثر وحيث لم يعتبر ذلك قدر به الكثير الفاحش كما قدر الدرهم بموضع
الاستنجاء سقط اعتبار على ما علم السبيل من النجاسة وانما [illegible] بول ما يؤكل لحمه مخففا عند ابي حنيفة وابي
يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته على اصل ابي يوسف رحمه الله فان تخفيفها عنده لمكان شيوع الاجتهاد
او التعارض النصين على اصل ابي حنيفة رحمه الله فان تخفيفها عنده بشان من تعارض النصين وهو معنى قوله
على اختلاف الاصلين [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

تخفيف نجاسة بول ما يؤكل لحمه لانه منصوص بقوله عليه السلام استنزهوا البول الحديث واجيب بانه لم يقل بذلك
للضرورة والبلوى بل للتعارض بحديث العرنيين. **وقوله** بخلاف بول الحمار جواب عما يقال للضرورة في
بول الحمار كالضرورة في روثه وقد قلتم بتغليظه وتوجيهه انا لا نسلم ذلك لان الارض تنشفه فلا يبقى على وجه الارض
منه شيء يبتلى به المار بخلافه اي بخلاف الروث والجواب ان الضرورة انما هي في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى
تطهر بالمسح فيكفي مؤنتها بذلك التخفيف فلا تخفف في نجاستها ثانيا الحاقا للروث بالعذرة فان الحكم فيها كذلك بالاتفاق
ولا فرق بين ماكول اللحم وغيره عند العلماء الثلاثة وزفر فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير الماكول ووافقهما
في الماكول فانه قاس الخارج من احد السبيلين بالخارج من السبيل الاخر وهو البول يختلف باختلاف كونه ماكول
اللحم وغيره فكذا الخارج من هذا السبيل. **وقوله** وعن محمد طاهر. **وقوله** وقاسوا عليه طين بخارى يعني
قال المشايخ لا يكون الكثير الفاحش منه مانعا وان كان مختلطا بالعذرات وعنه ذلك اي عند دخوله الري رجع
عن الرواية المشهورة عنه في الخف انه لا يطهر بالدلك بالارض يروى. **قال** وان اصابه بول الفرس لم يفسده
حتى يفحش كل واحد من ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مر في هذه المسئلة على اصله في بول ما يؤكل لحمه فان الفرس ماكول عندهما
وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة مخففة عند ابي يوسف لا يمنع حتى يفحش وطاهر عند محمد لا يمنع وان فحش واما ابو حنيفة
رحمه الله فانه يحرم اكله ويجعل بوله نجسا مخففا لتعارض الآثار وهو حديث العرنيين وقوله عليه السلام
استنزهوا البول الحديث واعترض بان التعارض انما يتحقق اذا جهل التاريخ وفي حديث العرنيين دلالة التقدم
لان فيه المثلة فيكون منسوخا ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ سلمنا ان فيها تعارضا ولكنه في بول ما يؤكل لحمه
والفرس غير ماكول عنده ولكراهة فيه كراهة التحريم فيكون بوله نجسا مغلظا واجيب عن الاول بان الدلالة
دون العبارة وفي عبارته تعارض فترجح جانب العبارة ويحقق التعارض وهو فاسد لان اشتمال القصة على المثلة يدل
على ان العبارة منسوخة فلا تعارض وبان انتساخ المثلة لا يدل على انتساخ طهارة بول ما يؤكل لحمه لانهما حكمان مختلفان
فلا يلزم من انتساخ احدهما انتساخ الآخر وهو ايضا فاسد لان حديث العرنيين الدال على طهارة بول ما يؤكل
لحمه اما ان يكون منسوخا اولا فان كان الاول انتفى التعارض وان كان الثاني لم يثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله
عليه السلام استنزهوا وغيره والامر بخلافه وعن الثاني بان حرمة الفرس عنده لم تكن لنجاسته بل تحرزا عن تقليل مادة
الجهاد فكان لحمه طاهرا عنده ولهذا قال بطهارة سؤره وهذا لا يلزم منه الانقطاع لان اول الكلام كان مبنيا على
ان بول غير ماكول اللحم عنده نجس غليظ فاذا اورد عليه ما ذكر قيده بكون الحرمة للنجاسة وقد عرف بطلان ذلك في اصول
الفقه ولصعوبة التفصي عن عهدة هذا المقام ذهب بعض المحققين الى ان المراد بتعارض الآثار التعارض في لحمه فانه
روي انه عليه السلام اذن في لحم الخيل وهذا يوجب التخفيف في بوله لانه ماكول من وجه فلا يكون كبول الكلب
والحمار والكلام فيه كالكلام فيما قبله لان المبيح منسوخ كما في الحمار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور كالصقر
والبازي والحداة اجزأته الصلاة فيه فلا يكون كبول الكلب عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز وقد قيل
ان الاختلاف في النجاسة يعني انه طاهر عندهما والمنقول عن الكرخي ونجس عند محمد كالنجو وقد قيل في المقدار يعني انه نجس
بالاتفاق لكنه خفيف عند ابي حنيفة غليظ عندهما وهو المنقول عن ابي جعفر الهندواني ويفهم من لفظ المصنف
رحمه الله ورضي الله عنه ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في الروايتين جميعا وهكذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير وهو
خلاف ما في المنظومة والمختلف فان فيهما ان ابا يوسف مع ابي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني ه
وقوله هو يقول التخفيف للضرورة على طريقة الهداية وفخر الاسلام وهو ظاهر ولو وقع في الاناء قيل يفسده لامكان صون
الاواني عنه وبه اخذ ابو بكر الاعمش وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني وبه اخذ الكرخي وان اصابه من دم السمك
طاهر. **وقوله** ليس بدم على التحقيق لان الدم على التحقيق يسود اذا شمس ودم السمك يبيض ولهذا احل تناوله من غير
زكاة وروى المعلى عن ابي يوسف انه اعتبر الكثير الفاحش فان انتضح عليه بول مثل رؤوس الابر فذلك ليس بشيء لان

الغسل

الغسل على المصلي لانه لا يستطاع الامتناع عنه لا سيما في مهب الريح وقد سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك فقال
انا لنرجو من عفو الله اوسع من هذا وعن ابي جعفر الهندواني ان قول محمد مثل رؤوس الابر دليل على ان الجانب الاخر من الابر
معتبر وغيره من المشايخ قالوا لا يعتبر الجانبان جميعا لدفع الحرج. **قال** والنجاسة ضربان مرئية وغير
مرئية الحصر ضروري لدورانه بين النفي والاثبات وذلك لان النجاسة بعد الجفاف اما ان تكون مستجسدة كالغائط والدم
او غيرها كالبول ونحوه فطهارة الاولى زوال عينها من غير اشتراط عدد فيه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فيزول
بزوالها. **وقوله** الا ان يبقى من اثره لونه ورائحته ما يشق ازالته بالاحتياج في الازالة الى غير الماء كالصابون
والاشنان فان ذلك لا يمنع الجواز وهو استثناء العرض من العين وهو العين فيكون منقطعا والاصل في ذلك
ان ازالة مثل ذلك حرج وهو موضوع وفيه اشارة الى ان عينها ان زال بالمرة واحدة لا يحتاج الى غسل بعده وقوله
وفيه كلام اي اختلاف المشايخ فان ابا جعفر يقول بعد زوال العين النجاسة تغسل مرتين لانه التحق بغير مرئية غسل مرة
فيغسل مرتين وطهارة الثانية ان تغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر وكلامه ظاهر. **وقوله** وقال بعد ذلك لحديث
المستيقظ من منامه فانه ذكر فيه حتى يغسلها ثلاثا وقد تقدم. **وقوله** في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن محمد في غير
رواية الاصول اذا غسل ثلاث مرات وعصر في المرة الثالثة يطهر وفي غير رواية الاصول ايضا انه يكتفى بالعصر مرة
وهذا فيما ينعصر بالعصر اما في غيره كالحصير ونحوه فان ابا يوسف يقول تغسل ثلاثا وتجفف في كل مرة فتطهر لان
التجفيف اثر في استخراج النجاسة فيقوم مقام العصر اذ لا طريق سواه والحرج موضوع ومحمد يقول لا تطهر ابدا لان
الطهارة بالعصر وهو مما لا ينعصر.

فصل في الاستنجاء

قيل لم يذكر محمد الاستنجاء
عند ذكر سنن الوضوء وان كان من اقوى سننه لانه اراد تعليم الوضوء من النوم لا عن البول والغائط والاستنجاء
لهذا الوضوء ليس بسنة وانما قلنا ذلك لان الله تعالى بدأ بالوضوء عند النوم هكذا جاء عن بعض الصحابة فانه كان يقرأ
يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلاة واقول انما ذكره ههنا لان الاستنجاء ازالة النجاسة العينية
فذكره ههنا انسب وفي المغرب نجا وتنجى اذا احدث واصله من النجوة وهو المكان المرتفع لانه يستتر بها وقت
قضاء الحاجة ثم قالوا استنجى اذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن او غسله وهو سنة لان النبي صلى الله
عليه وسلم واظب عليه والمواظبة مع الترك دليل السنية ويجوز بالحجر وما يقوم مقامه وما يكون من المدر والتراب
والقطن وغيرها في التنقية وكيفيته ان يمسح الموضع حتى ينقيه لان الانقاء هو المقصود فيعتبر ما هو المقصود
وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من الثلث لقوله عليه السلام في حديث ابي ايوب الانصاري
وليستنج بثلاثة احجار امر والامر للوجوب فالحديث يدل على وجوبه بكمية معلومة ولنا ما روى ابو هريرة
رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم من استجمر فليوتر من فعل فحسن ومن لا فلا حرج وهو يدل على نفي
الوجوب والعدد كلاهما قال فليوتر والايتار يقع على الواحد وقال ومن لا فلا حرج نفى الحرج عمن ترك الاستنجاء
اصلا فيدل انه لا يفترض وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة احرف جاز بالاجماع فلا ينتهض الاستدلال
به او نحمل الامر على الاستحباب توفيقا بين الحديثين وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا
نزلت في قوم كانوا يتبعون الحجارة الماء يعني اهل قباء. **وقوله** ثم هو اي غسله بالماء ادب لانه روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان يستنجي بالماء مرة ويتركه اخرى وهذا حد الادب وقيل هو سنة في زماننا لان اهل الزمان
الاول كانوا يبعرون بعرا وانتم تثلطون ثلطا هكذا روي عن الحسن البصري رحمه الله. **وقوله** الا
اذا كان موسوسا والكسر الوسوسة حديث النفس وانما قيل هو موسوس لانه تحدث نفسه بما في ضميره فيقدر
بالثلاث في حقه كما في غير المرئية لان البول غير مرئي والغائط لا يراه المستنجي فكانت بمنزلة البول وقيل بالسبع
اعتبارا بالحديث الذي ورد في ولوغ الكلب. **وقوله** ولو جاوزت النجاسة مخرجها بان تعدى قبل ان
يبلغ نفسه وهو حوله من موضع الشرج لم يجز الا الماء وفي بعض نسخ المختصر الا المائع. **وقوله** وهذا يعني قوله

الا الماء والا المايع يحتمل خلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء يعني ان قوله الا الماء يدل على ان ازالة الحدث الحقيقي
عن البدن لا يجوز الا بالماء. وقوله الا المايع يدل على ان ازالته يجوز بالمايع الذي يمكن به ازالة النجاسة وقوله على
ما بيننا يعني في اول باب الانجاس وقوله وهذا اي الذي قلنا من اشتراط المايع اذا جاوزت النجاسة مخرجها لان المخرج غير
مزيل لانه اكتفي به في موضع الاستنجاء بالضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى غيره فلا يجوز
الا الماء او المايع وقوله ثم يعتبر المقدار المانع ظاهر. وقوله اعتبارا لسائر المواضع يعني ان في سائر المواضع قدر
الدرهم عفوا فاذا زاد عليه يكون مانعا فكذا في موضع الاستنجاء والباقي ظاهر الى اخره والله تعالى اعلم

كتاب الصلاة

قد تقدم في اول الكتاب وجه تقديم الصلاة
على سائر المشروعات بعد الايمان وهي في اللغة عبارة عن الدعاء وفي الشريعة عبارة عن الاركان المعهودة والافعال
المخصوصة وسميت بالصلاة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهي من المنقولات الشرعية وسبب وجوبها اوقاتها والامر طلب اداء
ما وجب في الذمة بسبب الوقت وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير وشرائطها الطهارة وستر العورة واستقبال
القبلة والوقت والنية وتكبيرة الافتتاح فان قيل جعلت الوقت سببا فكيف يكون شرطا قلت هو سبب للوجوب
وشرط للاداء واركانها القيام والقراءة والركوع والسجود والقعدة الاخيرة مقدار التشهد وحكمها سقوط الواجب عنه
بالاداء في الدنيا ونيل الثواب الموعود في الاخرة وهي فريضة ثابتة وشرعيته ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله
تعالى واقيموا الصلاة واتوا الزكاة وقوله وحافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى فانه يدل على فرضيتها وعلى كونها خمسا
لانه امر بحفظ جمع من الصلوات وعطف عليها الصلاة الوسطى واقل جمع يتصور معه وسطى هو الاربعة وبالسنة وهو
قوله عليه السلام ان الله فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير وهو وبالاجماع فقد اجمع
الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر فلا جرم ان من انكر شيئا منها
كفر بلا خلاف.

باب المواقيت

المواقيت جمع ميقات والميقات ما
وقت به اي حدد من زمان كمواقيت الصلوات او مكان كمواقيت الاحرام وانما ابتدا ببيان الوقت لانه سبب للوجوب
وشرط الاداء فكان له جهتان في التقدم وقدم من بينها وقت الفجر لانه متفق عليه في اوله واخره ولان صلاة الفجر
اول من صلاها ادم عليه الصلاة والسلام حين اهبط الى الارض من الجنة واظلم عليه الدنيا وجن الليل ولم يكن
يرى قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكرا لله تعالى الركعة الاولى للنجاة من ظلمة الليل والثانية
شكرا لرجوع النهار وضوءه فكان ذلك سبب كونها ركعتين وفرضت علينا فلما كان اول صلاة صلاها الانبياء قدمها
في الذكر واول وقتها اذا طلع الفجر الثاني اي الفجر الصادق وهو البياض المنتشر في الافق واحترز به عن الفجر الكاذب
وهو البياض الذي يبدو في السماء ويعقبه ظلام وتسميه العرب ذنب السرحان واخر وقتها ما لم تطلع الشمس
قيل هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على البعض مجازا لان قوله ما لم تطلع الشمس يتناول من وقت طلوع الفجر الى طلوع
الشمس وليس بمراد بل المراد جزء قبل طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبريل عليه السلام هو ما روى
ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال امني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين فصلى بي الظهر
في اليوم الاول حين زالت الشمس وصار الفيء مثل الشراك وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى بي المغرب
حين غابت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الفجر حين طلع الفجر وصلى بي الظهر في اليوم الثاني
حين زالت وصار ظل كل شيء مثله وصلى بي المغرب حين غربت الشمس لوقته بالامس وصلى بي العشاء حين مضى ثلث الليل
او قال نصف الليل وصلى بي الفجر حين طلع الفجر واسفر وكادت الشمس ان تطلع ثم قال يا محمد هذا وقتك ووقت الانبياء من قبلك
والوقت ما بين هذين الوقتين واعترض بان قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي ان لا يكون الاول والاخر وقتا وذلك خلاف
المطلوب واجيب بانه لو اقتضى ذلك كان الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن ذلك تعليما للوقت وانما معناه
ليس الوقت منحصرا فيهما بل ما فعلنا بيان للحاضرين وما بينهما وقت ايضا فكان الفعل بيانا للطرفين والقول لما بينهما

وقوله ولا معتبر بالفجر الكاذب ظاهر. وقوله اذا زالت الشمس قيل اصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع
انه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف
لا يزداد ولا ينقص فهو ساعة الزوال التي هي عبارة عن فيء الزوال فاذا اخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت
فخط على رأس موضع الزيادة فيكون من رأس الخط الى العود فيء الزوال ثم هو يختلف باختلاف الامكنة والاوقات
حتى قيل انه في اطول ايام السنة لا يبقى بمكة في ذلك الوقت ظل على الارض وكذا بالمدينة تأخذ الشمس الحيطان
الاربعة وذلك الفيء غير معتبر في التقدير بالظل بل المعتبر ما سواه. وقوله واخر وقتها عند ابي حنيفة
اذا صار ظل كل شيء مثليه اعلم ان الروايات عن ابي حنيفة اختلفت في اخر وقت الظهر روى محمد عنه اذا صار
ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو الذي عليه ابو حنيفة وروى الحسن
بن زياد عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سواه خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وزفر
والشافعي رحمهم الله وروى اسد بن عمرو عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سوى خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت
العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه وعلى هذا يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر قال
الكرخي وهذا اعجب الروايات الي لموافقتها الظاهر الا احسنا. وقوله اخر الوقت اذا صار ظل كل شيء مثله فيه تسامح
لان اخر الشيء منه واذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الظهر عنده وكذا اذا صار مثله عندهما الا ترى الى ما في
المنظومة والعصر حين المرء يلقى ظله قد صار مثليه وقالا مثله وتأويله اخر الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر
بدليل قوله فيما بعد واخر وقت المغرب حتى يغيب الشفق ولا شك ان بغيبوبة الشفق يتحقق الخروج وقوله
لهما امامة جبريل اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها في اليوم الاول اي امامته للعصر في اليوم الاول في هذا
الوقت وفي بعضها في اليوم الثاني اي امامته للظهر وفي بعضها امامته للعصر في اليوم الثاني في هذا الوقت
اي الوقت الذي جعله ابو حنيفة وقت الظهر وهو ما اذا صار ظل كل شيء مثليه. وقوله وله قوله عليه
السلام اي ما روى ابو سعيد رضي الله عنه ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم اي ادخلوا الصلاة في البرد
يعني صلوها اذا سكنت شدة الحر. وقوله من فيح جهنم اي من شدة حرها واشتداد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت
يعني اذا صار ظل كل شيء مثله وهذا يعارض حديث امامة جبريل عليه السلام لان امامته في صلاة
العصر في اليوم الاول فيما اذا صار ظل كل شيء مثله يدل على خروج وقت الظهر والامر بالابراد بالظهر يدل على
عدم خروجه لان شدة الحر في ديارهم كان في ذلك الوقت واذا تعارضت الاثار لا ينقضي الوقت الثابت بيقين
بالشك. قيل اول من صلى الظهر بعد الزوال ابراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليه حين امر بذبح الولد فصلى اربعا الاولى
شكرا لله على ذبح الولد والثانية شكرا لنزول الفداء والثالثة لرضا الله تعالى حين نودي ان قد صدقت الرؤيا والرابعة
لصبر ولده على معرض الذبح وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا. وقوله واول وقت العصر اذا خرج وقت
الظهر اذا خرج وقت الظهر على القولين اي قولي ابي حنيفة في الرواية المشهورة عنه وقول صاحبيه فعنده
اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال دخل وقت العصر وعندهما اذا صار ظل كل شيء مثله واخر وقتها ما لم تغرب
الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها ذكره في
الصحيحين وقيل اول من صلى العصر يونس عليه السلام حين نجاه الله من اربع ظلمات ظلمة الزلة وظلمة الليل
وظلمة الماء وظلمة بطن الحوت فصلاها شكرا لله تطوعا وامرنا بها. واول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها
ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله وقت المغرب مقدار ما يصلي فيه ثلاث ركعات وهو احد قوليه
قال الغزالي في وقت المغرب قولان احدهما انه يمتد الى غروب الشفق واليه ذهب احمد بن حنبل والثاني انه
اذا مضى بعد الغروب وقت وضوء واذان واقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت وقال في الحلية
قدر ثلاث ركعات وعلى هذا ما ذكره المصنف من جهته ليس بكاف واستدل بامامة جبريل في اليومين في وقت

كان للتحرز عن الكراهة لان تاخير المغرب الى آخر الوقت مكروه ثم اختلف العلماء في الشفق فقال ابو حنيفة رحمه
الله هو البياض في الافق بعد الحمرة وهو قول ابي بكر ومعاذ وانس وابن الزبير رضي الله عنهم وقالا هو الحمرة وهو رواية
عن ابي حنيفة رواه عنه اسد بن عمرو وهو قول ابن عمر وشداد ابن اوس وعبادة بن الصامت رضي الله عنه وبه اخذ الشافعي
واستدلا بقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة ولابي حنيفة ما رواه ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وآخر
وقت المغرب اذا اسود الافق والاسوداد لا يكون الا بعد زوال البياض وما رواه يعني **قوله** عليه السلام
الشفق هو الحمرة موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره في الموطأ والموقوف لا يصلح حجة وفيه اي في الشفق اختلاف
الصحابة كما ذكرناه قيل معنى كلامه ان التمسك بالحديث فيما اختلف فيه الصحابة لا يجوز لان عدم التمسك به او عدم
القبول دليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك في ذلك بالموقوف وفيه نظر لانه حينئذ مشترك الالزام **قيل**
واول من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام حين خاطبه الله بقوله تعالى أأنت قلت للناس اتخذوني وامي
الهين من دون الله الاية وكان ذلك بعد غروب الشمس فالاولى لنفي الالوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته
والثالثة لاثباتها لله وفيه نظر واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتهما ما لم يطلع الفجر لما روى ابو هريرة
رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر **قال** المصنف رحمه الله وهو حجة
على الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب ثلث الليل ووجه ذلك انه يدل على قيام الوقت الى الفجر وحديث امامة جبريل
عليه السلام يدل على ان آخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت الثابت
يقينا بالشك كما تقدم او نقول امامة جبريل عليه السلام لم تكن لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقت الصلاة بل
لاثبات ما كان فيه الا ترى انه عليه السلام لم يكن لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقتها امر في اليوم الثاني حين اسفر والوقت
يبقى بعده الى طلوع الشمس واذا لم يكن للنفي ما رويناه سالما عن المعارض فيكون حجة قيل واول من صلى العشاء موسى
صلوات الله عليه حين خرج من مدين وضل الطريق وكان في غم المرأة وغم اخيه هارون وغم فرعون عدوه وغم
اولاده فلما انجاه الله من ذلك كله ونودي من شاطئ الوادي صلى اربعا تطوعا ونورا وامرنا بذلك وهذه الاقوال التي
ذكرتها عقيب كل صلاة وجدتها في شرح شيخنا العلامة قوام الدين السكاكي منقوله عن ابي الفضل مع زيادات فنقلتها
مختصره واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر عندهما لقوله صلى الله عليه وسلم فصلوها ما بين العشاء
الى طلوع الفجر وعند ابي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء لان الوتر عنده فرض عملا والوقت اذا جمع صلاتين وا
جبتين كان وقتا لهما جميعا كالفائتة والوقتية فان قيل لو كان وقت الوتر وقت العشاء لجاز تقديمه على العشاء
اجاب بقوله الا انه لا يقدم عليه عند التذكر يعني اذا لم يكن ناسيا للترتيب وعلى هذا لو اوتر قبل العشاء متعمدا اعاد
الوتر بلا خلاف وان اوتر ناسيا للعشاء ثم لا يعيده عنده لان النسيان يسقط الترتيب ويعيده عندهما لانه سنة
العشاء كركعتي العشاء لو قدم الركعتين على العشاء لم يجز عامدا كان او ناسيا فكذلك الوتر **قال**
لما فرغ عن ذكر مطلق الاوقات شرع في بيان الكامل منها والناقص وجعل لكل منهما فصلا على حدة وقدم الاوقات
المستحبة على المكروهة ووجه ذلك ظاهر ويستحب الاسفار بالفجر اسفر الصبح اضاء ومنه اسفر بالصلاة
اذا صلاها في الاسفار والباء للتعدية **قوله** ويستحب الاسفار باطلاقه يدل على ان البداءة والختم بالاسفار
وهو المستحب وهو ظاهر الرواية وقال الطحاوي يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة
وجه الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وحد الاسفار ان يبدأ بالصلاة بعد انتشار
البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة الى الوضوء بعد الصلاة امكنه ان يتوضأ ويصلي الفجر قبل طلوع الشمس
وقال الشافعي رحمه الله يستحب التعجيل وهو ان يكون الاداء في النصف الاول في كل صلاة واستدل بما قالت عائشة
رضي الله عنها كانت النساء ينصرفن من الصلاة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من
الغلس قال المصنف والحجة عليه ما رويناه من حديث رافع بن خديج وهو قوله عليه السلام اسفروا بالفجر الحديث وذلك لانه

امر بذلك واقله الندب وما رواه حكاية فعل لا ايجاب له قوله عليه السلام **قوله** وجابر وفيه اشارة الى ان قوله
واذا كان في الصيف ابردها وذلك لانه يدعي التعجيل في كل صلاة فاذا اثبت التاخير في البعض كان حجة عليه وقوله
والابراد بالظهر عطف على قوله الاسفار بالفجر **قوله** لما رويناه يعني ما روي قبل هذا الفصل من قوله
صلى الله عليه وسلم ابردوا بالظهر فان شدة الحر الحديث فقوله لما روي متعلق بقوله والابراد بالظهر وقوله
ولرواية انس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها متعلق
بالمسئلتين جميعا وتاخير العصر في الصيف والشتاء ما لم تتغير الشمس لما في التاخير من كثرة النوافل لكراهتها
بعد العصر ولهذا كان تعجيل المغرب افضل لان اداء النافلة قبلها مكروه وتكثير النوافل افضل من المبادرة
الى الاداء اول الوقت والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين اي لا تذهب الضوء ولا تحصل بالنظر
التحير **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول سفيان وابراهيم النخعي ان المعتبر تغير الضوء الذي يقع في الجدران
قال شمس الائمة اخذنا بقول الشعبي وتغير القرص لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال وعما فسر تغير القرص بقوله وهو ان
اذا قامت الشمس للغروب قدر رمح لم تتغير واذا كانت اقل من ذلك تغيرت وما قيل يوضع طست ماء في الصحراء وينظر
فيه فاذا كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت فكان قوله هو الصحيح لبيان ان تغير القرص بهذا التفسير هو
الصحيح وتغير الضوء وتغير القرص بالتفسيرين الآخرين ليس بصحيح والتاخير اليه اي الى هذا الوقت مكروه فاما
الفعل فغير مكروه لانه مامور بالفعل ولا يستلزم اثبات الكراهة للشيء مع الامر به ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها
مكروه لما فيه من التشبه باليهود وفيه نظر لانه ما يكون تاخيرها مكروها لا يستلزم ان تكون تعجيلها مستحبا لجواز
ان يكون مباحا الا ترى ان تاخير العشاء الى النصف الاخر مكروه ولا يلزم من تركه الاستحباب لان التاخير الى نصف
الليل مباح والجواب ان التاخير مكروه لما فيه من التشبه باليهود فتركه مستحب لان الاباحة فيه قد تفضي الى المداومة
كما ذكر في النهاية وغيره في جواب هذا السؤال مبنيا على ان الضدين او النقيضين لا يمتنعي فليتامل قوله وقوله صلى
الله عليه وسلم لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء دليل منقول على استحباب تعجيل المغرب ومعناه لا تزال الامة
مخيرة بتعجيلهم المغرب ووجه التمسك ان الشرع رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب والمباح لا يترتب على فعله خير شرعي
واعترض على المصنف في تأخيره الحديث فيه عن الدليل العقلي واجيب بانه فعل ذلك لان الحديث فيه دلالة على تأخير
العشاء فكره الفصل بينه وبين المدلول بدليل عقلي وليس بطائل فان قلت روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قرأ سورة الاعراف في صلاة المغرب وذلك يدل على ان التأخير ليس بمكروه اجيب بان ذلك ليس مما نحن فيه
فان كلامنا فيما اذا اخر الى وقت الكراهة ثم شرع والذي فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من باب المد والمد
من اول الوقت الى آخره معفو وبهذا ظهر فساد استدلال عيسى بن ابان على جواز التأخير ويستحب تأخير العشاء الى
ما قبل ثلث الليل لقوله صلى الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل وطولب بالفرق بينه
وبين قوله صلى الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك فانهما على نهج واحد بل في حديث السواك ينبغي الامر
بمانع المشقة فاذا انتفى الامر به وكان مقتضاه الوجوب ثبت ما دون الوجوب وهو السنة وفيما نحن فيه المنتفي
لمانع هو التأخير ونفس التأخير لم يكن للوجوب بل للندب والاستحباب ولانه فيه في التأخير قطع السمر المنهي عنه
بعده والسمر حديث الاخوان المؤانسة قال صلى الله عليه وسلم لا سمر بعد العشاء والمعنى فيه ان يكون اختتام الصحيفة بالعبادة
كما جعل ابتداء الصحيفة بها ليمحى ما حصل بينهما من الزلات قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات قوله وقيل
في الصيف تعجل يعني يستحب تأخير العشاء الى ثلث الليل شتاء وصيفا وقيل في الصيف تعجل كيلا تقل الجماعة والتأخير
الى نصف الليل يعني في الشتاء والصيف **قال** في النهاية في الشتاء وفيه نظر لانه لو كان ذلك لكان في
الصيف مكروها وليس كذلك لان دليل الاباحة وهو ما ذكره بقوله لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة
عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحد اي بالكلية مشتركا بينهما فثبتت الاباحة فيهما والى النصف الاخير

مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر فلهذا لم يقل النصف الاخير يعني ان الاباحة في اخر النصف الاول انما
ثبت لمعارضة دليل الندب وهو قطع السمر ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة وفي النصف الاخير لم يوجد دليل الندب
اصلا لانقطاع السمر من قبل لان الغالب الا يكون في النصف الاخير سمر فثبت الكراهة لبقاء دليلها سالما
عن المعارض وامر من تعجيل الفجر في اول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالم عن معارضة دليل
الندب واجيب بان المعارض موجود هنا ايضا وهو قوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم وجنة عرضها
السموات والارض فان المسارعة الى العبادة بعد وجوب السبب مندوب اليها ولم يكن في التاخير معنى تكثير الجماعة فكان
فيه تعارض دليل الندب وهو المسارعة الى العبادة مع دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة فثبت الاباحة لذلك بخلاف
تاخير العشاء الى النصف الاخير فان دليل الكراهة سالم عن معارضة دليل الندب اصلا لانه ليس فيه المسارعة الى العبادة
ولا تكثير الجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه قبله وفسرت في الوتر لمن يالف الصلاة اخر الليل وفي اخر الليل بالنصب
ويقدره ان يوتر اخر الليل فيكون ظرفا وروي مرفوعا وهو مفعول اقيم مقام فاعل يثق وفي بعض النسخ يستحب في الوتر
لمن يالف صلاة الليل تاخيرها الى اخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم وهو ظاهر **وقوله** فاذا كان يوم غيم فالذي
قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا كانت السماء مصحية فاما اذا كانت متغيمة فالضابط العين مع العين يعني كل ما فيه عين
يعجل كالعصر والعشاء وما عداهما كالفجر والظهر والمغرب يوخر اما وجه تعجيل العصر والعشاء فما ذكره في الكتاب
وكذلك وجه تاخير الفجر **وقوله** لان المدة مديدة يعني ان بين التنوير وطلوع الشمس مدة مديدة فوقوع الفجر
الاداء وقت طلوع الفجر الشمس واما تاخير الظهر فانه لو عجل يوم الغيم لم يؤمن ان يقع قبل الوقت وكذلك تاخير المغرب
وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله التاخير في الكل لما ذكر في الكتاب **فصل في الاوقات**
التي تكره فيها الصلاة لما فرغ من بيان احد قسمي الوقت شرع في بيان القسم الاخر ولقب الفصل بما يكره
مع ان فيه ذكر ما لا يجوز فيه الصلاة اعتبارا للغالب. **قوله** لا تجوز الصلاة اعلم ان الفرائض لا تجوز عندنا في
هذه الاوقات وكذا النوافل في الروايات وعند الشافعي رحمه الله تجوز الفرض في هذه الاوقات في جميع البلدان وتجوز
النوافل عنده فيها بمكة فقوله لا تجوز الصلاة ان اراد بها الفرض والنفل والحكم جميعا بجعل الالف واللام للجنس لزمه
ان لا تجوز النفل واذا لم يجز ان شرع فيه وافسده لم يجب عليه قضاؤه ولا يجب قضاؤه وذكر شمس الائمة في اصوله
بلا ذكر خلاف والتمرتاشي في الجامع الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف وان اراد به الفرض وحده وان النفل
جائز مكروه لم يستقم جعل الحديث حجة على الشافعي في تجويز النوافل فصاحب النهاية جعل اللام للجنس
متناولا للفرض والنفل والنفل واجاب عن ورود النفل ووجوب قضائه بالشروع بان معنى **قوله** لا تجوز نفله
شرعا فاما لو شرع لزم كما يقول لا تجوز مباشرة البيع الفاسد اما لو باشر وقبض المبيع يثبت الملك ويلزمه عليه
ان يكون الجواز في الفرائض بمعنى وفي النوافل بمعنى اخر فاته يجعله فيهما من قبيل ما يقتضي القبح لمعنى في غيره مجازا
بمجموعها وذلك يقتضي الكراهة كما عرف في اصول الفقه وغيره جعل اللام لنوع مخصوص وهو الفرض وقال
حتى لو صلى النوافل في الاوقات المكروهة جاز ويكره ونقل ذلك عن الكرخي والاسبيجابي ويلزمه ان لا يكون جعل
الحديث حجة على الشافعي مستقيما كما ذكرنا انفا لا يقال المراد بقول المصنف رحمه الله لا تجوز الصلاة الفرض والحجة
على الشافعي الحديث فانه قال نهانا ان نصلي والمراد بالصلاة الفرض والنفل جميعا والدليل يجوز ان يكون اعم من
المدلول لانا نقول ان المراد بالنهي عدم الجواز في الفرض والنفل جميعا لزمه عليه ما نقله عن الكرخي والاسبيجابي
وان كان الجواز مع الكراهة فيهما لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعي رحمه الله الا اذا ثبت ان اصحابنا يقولون
بالجواز مع الكراهة فيهما وهو يقول بالجواز بلا كراهة وانا لم اطلع على ذلك فيما وجدته من النسخ وان كان عدم الجواز
في الفرض والجواز مع الكراهة وهو غير جائز وارى ان المراد عدم الجواز في الفرض والنفل على بعض الروايات
كما ذكرنا ولا يلزمه ما نقل عن الكرخي والاسبيجابي لانه اختلاف والله اعلم ورد اظهر مما قررنا تبين ان النسخة الفقهية

هو ان يقال الحجة على الشافعي في تخصيص الفرائض ومكة لانه هو الذي يفيد ما ذكرنا من مذهبه وان كان فيه اطلاق دون
ما عداه وهو ما وقع في بعضها من **قال** في تخصيص الفرائض والنوافل بمكة وفي بعضها في التخصيص بمكة وفي
لم يذكر النوافل حجة على الشافعي رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها
فان ذلك هو وقتها وهو مطلق وفي تخصيص مكة ما روى ابو ذر رضي الله عنه النهي عن الصلاة
في هذه الاوقات مقرونا بقوله الا بمكة والجواب عن الاول ان المبيح والحاظر اذا تعارضا جعل الحاظر متاخرا
وقد عرف في الاصول وعن الثاني ان هذه الزيادة لم تثبت لانها شهادة او ان معناه ولا بمكة كما في قوله تعالى
الا خطأ اي ولا خطأ ثم اختلف العلماء في الارتفاع الذي تحل الصلاة عنده قال في الاصل اذا
ارتفع الشمس قدر رمح او رمحين وقال الفضلي ما دام الانسان يقدر على النظر الى قرص الشمس فالشمس
في الطلوع فلا تصح الصلاة فاذا عجز عن النظر حلت **وقوله** حتى تنتصف للغروب بمعنى ما قبل التخصيص
بالتاء يفيد الاختصار وقد ذكر الاصحاب غيرها من الاوقات ما يكره فيها الصلاة وذلك يستلزم
ابطال العدد المنصوص عليه شرعا واجيب ان غيرها ليس معناها لانه تجوز قضاء الفوائت وصلاة
الجنازة وسجدة التلاوة فيها بخلاف الثلاثة المذكورة فان ذلك لا تجوز فيها واذا كان المعنى مختلفا لا يلزم
الابطال بل يكون كل واحد منهما ثابتا بدليل على حدة فاما الثلاثة المذكورة فبدليل حديث عقبة رضي
الله عنه واما غيرها فلما جاء في الاحاديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس
ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس وكذلك غيرها **وقوله** وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم
الجمعة روي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال لا باس بالصلاة وقت الزوال يوم الجمعة لحديث
ابي سعيد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة في نصف النهار الا يوم الجمعة واجيب
بانه منقطع او معناه ولا يوم الجمعة كما تقدم في جواب الشافعي **وقوله** ولا صلاة جنازة
معطوف على اول الكلام وقوله لما روينا يعني قوله وان نقبر موتانا وقوله ولا سجدة تلاوة لانها في معنى
الصلاة في انها تشترط لها ما تشترط للصلاة يعني لما كانت في معنى الصلاة كانت داخلة تحت النهي عن
الصلاة في قوله ثلاث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيها فان قيل فما بالها لم
تلحق بها في قوله عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا فينتقض
وضوء الضاحك في سجدة التلاوة كما في الصلاة اجيب بان اللام في قوله فليعد الوضوء والصلاة جميعا
للعهد التي وجدت فيها القهقهة لا للجنس والمعهودة صلاة ذات تحريمة وركوع وسجود والسجود المجرد ليس
في معناه من كل وجه فلا يلحق به ولما النهي عن الصلاة في هذه الاوقات فلئلا يقع التشبه بالصلاة بعبدة
الشمس والسجود المجرد يحصل به ذلك فكان معناه فالحق به كذا في الشروح ولو قيل لانها في معنى الصلاة
من حيث وقوع التشبه به بعبدة الشمس وتوغله بالصلاة قد دخلت تحت نهي ورد عن الصلاة لذلك كان احصر واحكم
وقوله الا عصر يومه عند الغروب مستثنى من قوله ولا عند غروبها **وقوله** لان السبب هو الجزء القائم
من الوقت وقد تقدم ان سبب الصلاة اوقاتها ولكن لا يمكن ان يكون كل وقت سببا لوقوع الاداء بعده لوجود تقدم
السبب بجميع اجزائه على المسبب فلا يكون اداء وليس دليل يدل على قدر معين منه كالربع والخمس او غيرهما فوجب ان يجعل
منه اقل ما يصلح لذلك الجزء الذي لا يتجزى والجزء السابق لعدم ما يزاحمه اولى فان اتصل به الاداء تعين لحصول
المقصود وهو الاداء وان لم يتصل انتقل الى الجزء الذي يليه ثم وثم الى ان يتضيق ولم يتقرر على الجزء الماضي
لانه لو تقرر كانت الصلاة في اخر الوقت قضاء وليس كذلك لما ذكر فكان الجزء الذي يلي الاداء هو السبب
او الجزء المضيق وكل الوقت ان لم يقع الاداء فيه لان الانتقال من الكل الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء خارج
الوقت على تقدير نسبته الكل وقد زالت فيعود كل الوقت سببا ثم الجزء الذي تعين سببا يعتبر صفته

من الصحة والفساد فان كان صحيحا بان لا يكون موصوفا بالكراهة ولا منسوبا الى الشيطان كالظهر مثلا اوجب المسبب
كاملا فلا يتادى بركعتين ناقصا وان كان فاسدا اى ناقصا بان يكون منسوبا الى الشيطان كالعصر يستانف وقت
الاحمرار وجب الفرض به ناقصا فيجوز ان يكون منسوبا الى الشيطان ان يتادى ناقصا لانه اداه كما وجب بخلاف
غيرها من الصلوات الواجبة باسباب كاملة فانها لا تقضى في هذا الوقت لان ما وجب كاملا لا يتادى ناقصا وقد ذكرنا
ذلك في الانوار والتقرير مستوفى بعون الله وتاييده واذا عرفت ذلك فقوله لان السبب هو الجزء القائم من الوقت
فيه تسامح لان السبب اما اول الجزء او الذي يلي الاداء او الجزء المضيق وكل الوقت عند خروجه كما عرف في الاصول
واما قوله فالمؤدي في اخر الوقت ناقص فقال صاحب الكافي انه مشكل مؤد باعتبار بقاء الوقت وايضا يلزم على تقريره
جواز القضاء في هذا الوقت لان القائم من الوقت يجب به العصر ناقصا فينبغي ان يجوز عصر يومه والجواب عن
الاول ان كلامه فيمن اخر العصر الى الغروب ولا شك ان السبب في حقه هو الجزء القائم من الوقت وهو المعبر عنه بالجزء
المضيق وعن الثاني بان الجزء اذا تعين للسببية بحيث لا ينتقل الى غيره كان التاخير عنه تفويتا للواجب بالاستقراء
في قوانين الشرع كالجزء الاخير من الوقت في الصلاة والجزء الاول من اليوم في الصوم هكذا اجاب شيخ شيخي العلامة
عبد العزيز رحمه الله ورد عليه بان الفوات بالتفويت عن الجزء الاخير من الوقت انما باعتبار خروج الوقت لا باعتبار
تعينه للسببية وكذلك عن الجزء الاول من اليوم لان وقت الصوم كل النهار واذا فات البعض فات الكل واقول في
الجواب عن السؤال ان كل ما كان سببا للوجوب فهو شرط للواجب ولا يمكن ان يكون كل الوقت شرطا والا لكان
في الاداء في الوقت تقديم المشروط على الشرط وهو باطل كتقديم المسبب على السبب فلا بد ان يكون الجزء القائم
اذ لو كان الجزء الماضي كان المصلي في اخر الوقت فاقدا لشرط الاداء وعن الثالث بان قوله بخلاف غيرها من الصلوات
يتناول العصر الفائتة فان العصر الفائتة غير عصر يومه لا محالة وقد قال لانها وجبت كاملة وكل ما وجب كاملا لا يتادى
ناقصا غير انه لم يذكر وجه وجوبها كاملة ووجهه ما ذكرناه قال والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة
يعني ان المراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بقوله ولا صلاة جنازة ولا سجدة تلاوة وهو
الكراهة يعني به نفي عدم الجواز بخلاف الفرائض في هذه الاوقات الثلاثة سوى عصر يومه فان قوله لا تجوز
الصلاة عند طلوع الشمس الى اخره مجرى على حقيقته عدم الجواز فان قلت فعلى هذا يكون قوله لا تجوز
مستعملا في عدم الجواز بالنسبة الى الفرائض وفي الكراهة بالنسبة الى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وهو جمع
بين الحقيقة والمجاز قلت يقدر الفعل في المعطوف بمعنى الكراهة حتى يكونان مرادين بلفظين ولا محذور فيه فان
قلت فما ذا تفعل في الدليل وهو قول عقبة رضي الله عنه نهانا فانه بمعنى عدم الجواز وبمعنى الكراهة جميعا قلت
حكاية فعل جاز ان يكون النهي مكررا اي في معنى الجواز مرة وفي معنى الكراهة اخرى واما قوله لا تجوز الصلاة متناولا للفرض
والنفل فانما يستقيم على غير ظاهر الرواية فانه غير مستقيم لانه اذا شرع في التطوع في هذه الاوقات
وجب عليه القضاء ولو مضى عليه خرج عما وجب عليه القضاء ولو مضى عليه خرج عما وجب عليه بالشروع ذكره في
نوادر المبسوط وكذا لو قطعها واداها في وقت اخر مكروه مثله جاز ولانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد
وانه لا يجوز قوله ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي انه صلى الله عليه
وسلم نهى عن ذلك والحديث في الصحيحين واستشكل بانه غيا الكراهة الى الطلوع والغروب وحكم ما بعد الغاية يخالف
ما قبلها وقد مر انه ليس كذلك لانها ثابتة بعد الطلوع الى ارتفاعها وبعد الغروب الى اداء المغرب والجواب انه ليس
بمفهوم الغاية وهو غير لازم على ان المخالفة ثابتة اذ الكراهة بعد الطلوع والغروب لمعنى اخر والحق ان يقال معناه
حتى تقرب طلوع الشمس وحتى يقرب الغروب فانه لو كان على حقيقته كانت الكراهة لمعنى في الوقت وهو خلاف مراده
وقوله ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين يعني بعد الفجر والعصر الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة
لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به وما كان لحق الفرض لا يظهر في حق حقيقة الفرض فان شغل الوقت بحقيقة

الفرض

الفرض اولى من الشغل بحقه فلا يظهر في حق الفرائض وما هو بمعناها في الوجوب بعينه كسجدة التلاوة فانها تجب
لعينها لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد وظهرت في حق المنذور وركعتي الطواف وفي الذي شرع
فيه ثم افسده لتعلق وجوب المنذور بسبب من جهته اي جهة الناذر بدلالة المنذور وعليه لا من جهة الشرع فكان
كالصلاة شرع فيها تطوعا ولان الوجوب لغيرها وهو ختم الطواف الحاصل بفعله فكان كالفعل ولصيانة
المؤدي عن البطلان لئلا يلزم ابطال العمل واذا ظهرت في حق المنذور والواجب وركعتي الطواف والفاسد بعد الشروع فلان
يظهر في حق النوافل اولى وقوله لا لمعنى في الوقت تاكيد لقوله لحق الفرض وفيه اشارة الى الفرق بين
النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في هذه الاوقات الثلاثة المذكورة بان ذلك لمعنى في الوقت وهو كونه
منسوبا الى الشيطان فيظهر في حق الفرائض والنوافل وغيرهما وهذا المعنى شغل الفرض وشغله بالفرض
التقديري اولى من النفل دون الفرض الحقيقي فظهر في حق النفل دون الفرض فان قيل ركعتا الطواف عندنا
واجب على ما يجيء في كتاب الحج فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف لوجوب سجدة التلاوة فان وجوبها للتلاوة
وهي فعله ايضا فالجواب ما اشرنا اليه ان السجدة تجب عليه بتلاوة غيره اذا سمعه من غير قصد ولا كذلك ركعتا
ركعتا الطواف وقوله ويكره ان يتنفل ظاهر وقوله مع حرصه على الصلاة يعني ان الترك مع الحرص
على احراز فضيلة الفعل دليل الكراهة وكذلك قوله ولا يتنفل بعد الغروب ظاهر والمعنى في النهي في هذه
الاوقات كالنهي بعد الفجر وبعد العصر لانه ليس لمعنى في الوقت بل لحق ركعتي الفجر ليصير الوقت كالمشغول به
وللمبادرة الى اداء الغروب فانها مستحبة ولنفي التشاغل عن استماع الخطبة فلا يظهر في حق الفرائض
فكان الحاصل ان ما كان النهي فيه لمعنى في الوقت اثر في الفرائض والنوافل جميعا وما كان لمعنى في غيره اثر
في النوافل دون الفرائض وما هو في معناه

باب الاذان

لما كان الاذان اعلاما بدخول سبب الصلاة ناسب ان يذكر عقيبه
والاذان في اللغة الاعلام قال الله تعالى واذان من الله اي اعلام وفي الشريعة عبارة عن اعلام مخصوص
في اوقات مخصوصة وسبب شرعيته ابتداء رؤيا جماعة من الصحابة منهم عمر رضي الله عنه نزول الملك
من السماء وتعليم الالفاظ المخصوصة وبقاؤه دخول وقت الصلاة المكتوبة وصفته ما ذكره في الكتاب
وهو قوله عامة المشايخ انه سنة للصلاة الخمس والجمعة وذكر الجمعة لدفع وهم من يتوهم ان لا اذان لها
كصلاة العيد بجامع انهما يتعلقان بالامام والمصر الجامع ولانها داخلة تحت الخمس وقوله للنفل الوتر
يعني ثبت متواترا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذن للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها من الوتر
وصلاة العيدين والخسوف والكسوف والاستسقاء وصلاة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض
مشايخنا انه واجب لما روي عن محمد ان اهل بلدة في الاسلام اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال
انما يكون على ترك الواجب دون السنة والجواب انه قال ذلك لانه كان وان كان سنة الا ان تركه بالاصرار
استخفاف بالدين فيلزم القتال وصفة الاذان اي كيفيته معروفة وهو كاذان الملك النازل من السماء
واختلف في ذلك الملك فقيل نزل به جبريل عليه السلام وقيل كان غيره وقوله ولا ترجيع فيه وهو
اي الترجيع ان يرجع وهو ظاهر وقال الشافعي فيه ذلك اي في الاذان الترجيع وقوله لحديث ابي محذورة
ظاهر الى قوله قلنا كان ترجيعا ذكره في الاسرار ان النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك لحكمة رويت في
قصته وهي ان ابا محذورة كان يبغض النبي صلى الله عليه وسلم قبل الاسلام بغضا شديدا فلما اسلم امره رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالاذان فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه فدعاه رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعرك اذنه وقال له ارجع وامدد بها صوتك اما ليعلمه انه لا حياء من الحق او ليزيد محبة
للرسول صلى الله عليه وسلم بتكرير كلمات الشهادة وقوله لان بلالا روي ان بلالا رضي الله عنه اذن

لصلاة الفجر ثم جاء الى باب حجرة عائشة فقال الصلاة يا رسول الله فقالت عائشة الرسول نائم فقال بلال الصلاة
خير من النوم فلما انتبه اخبرته عائشة فاستحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال له اجعله في اذانك. وقوله
وخص الفجر ظاهر. وقوله ثم هو حجة على الشافعي في قوله انها فرادى فانه يقول بشفع الاذان ويوتر الاقامة
لحديث انس ان يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل انه في الاقامة قد قامت الصلاة وهو مشفوع
كلمة موتر صوتا وروي ان عليا امر مؤذنا يوتر الاقامة قد قامت فقال اشفعها لا ام لك. وقوله ويترسل
في الاذان بيان للسنن التي فيه وهي نوعان ما يرجع الى نفس الاذان وما يرجع الى صفات المؤذن فالاول هو ان ياتي
به رافعا صوته ويفصل بين كلمتي الاذان بسكتة مطولا غير مضطرب وهو الترسل من ترسل في قراءته اذا تمهل فيها وتوقر
ولا يفصل بين كلمات الاذان والاقامة كما شرع فان تقدم بعضا واخر بعضا فالافضل الاعادة مراعاة
للترتيب وان توالى بين كلمات الاذان والاقامة يعني لو ترك الموالاة فالسنة ان يعيد الاذان ويستقبل بهما القبلة
الا في الصلاة والفلاح والثاني هو ان يكون ذكرا عاقلا صالحا عالما بالسنة وباوقات الصلاة فاذان الصبي العاقل
صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية واذان البالغ افضل واذان غير البالغ والسكران يعاد وكذلك اذان المراة. وقوله
ويستقبل بهما اي بالاذان والاقامة القبلة لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر. وقوله ويحول وجهه للصلاة
والفلاح يعني عند قوله حي على الفلاح حي على الصلاة يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به قيل لو كان كذلك
لحول وراءه ايضا لان القوم كما يكونون فيهما كذلك يكونون في الخلف واجيب بانه انما لم يحول وراءه لان فيه
استدبار القبلة فيما هو دعاء الى التوجه اليها فاكتفي فيه بما يحصل لهم من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه
يمنة ويسرة. وان استدار في صومعته فحسن ظاهر. وقوله وان لم يفعل فحسن اي الاذان حسن لا ترك الفعل لانه
وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد وهو الاصل في باب الاذان لكنه فعل امر به
النبي صلى الله عليه وسلم بلالا فلا يليق ان يوصف تركه بالحسن ولم يؤثر في زوال الحسن المتمكن في نفس الاذان
الذي هو من سنن الهدى فكان معناه ان الاذان بذلك الفعل احسن وبتركه حسن. وقوله والتثويب في
الفجر مبتدا. وقوله حسن خبره وقوله ذكره في سائر الصلوات لما روي ان عليا راى مؤذنا يثوب في العشاء
فقال اخرجوا هذا المبتدع من المسجد وروى مجاهد قال دخلت مع ابن عمر مسجدا نصلي فيه الظهر فسمع المؤذن
يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع فما كان التثويب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا في صلاة الفجر. وقوله ومعناه اي معنى التثويب في الاصطلاح العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو
في اللغة عبارة عن الرجوع ومنه سمي الثواب لان منفعة عمله تعود اليه وهو اي التثويب على حسب ما
تعارفه اهل كل بلدة من التنحنح او قوله الصلاة الصلاة او قوله قامت قامت لانه للمبالغة في الاعلام وانما
يحصل ذلك بما تعارفوه. وقوله وهذا اشارة الى قوله حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة
تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا انه وقت
غفلة ولم يذكر التثويب القديم هاهنا وذكر في الاصل ان التثويب الاول كان في صلاة الفجر بعد
الاذان الصلاة خير من النوم فاحدث الناس هذا التثويب يعني به قوله حي على الفلاح حي على الصلاة
مرتين والمتاخرون استحسنوه اي التثويب في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية
ولكن لم يشترطوا تعيين ذلك اللفظ الذي هو حي على الصلاة بل ذكروا ما تعارفوه كما ذكرنا ويكون هذا
احداثا بعد احداث لان التثويب الاصلي كان الصلاة خير من النوم لا غير في اذان الفجر او بعد اذان الفجر فاحدث
علماء الكوفة حي على الصلاة حي على الفلاح بين الاذان والاقامة في الفجر خاصة مع ابقاء الاول واحدث
المتاخرون التثويب بين الاذان والاقامة على حسب ما تعارفوه في جميع الصلوات سوى المغرب مع
ابقاء الاول وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن. وقوله وقال ابو يوسف كلام يتعلق بالتثويب

الحدث

الحدث في سائر الصلوات بزيادة اختصاص من يكون مشتغلا بامور المسلمين وهو ظاهر. قوله
ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب. لان وصل الاذان بالاقامة مكروه لان المقصود بالاذان اعلام الناس بدخول
الوقت ليتاهبوا للصلاة بالطهارة فيحضروا المسجد لاقامة الصلاة وبالوصل ينتفي هذا المقصود فان كانت
الصلاة مما يتطوع قبلها مسنونا كان او مستحبا يفصل بينهما بالصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم بين كل اذانين
صلاة قاله ثلاثا وقال في الثالثة لمن شاء فان لم يصل جلس بينهما لحصول المقصود واما ان كان في المغرب
فقد اتفقوا على ان الفصل لا بد منه فيه ايضا لكنهم اختلفوا في مقداره فعند ابي حنيفة رحمه الله المستحب
ان يفصل بينهما بسكتة يسكت قائما مقدار ما يتمكن فيه من قراءة ثلاث آيات قصار او آية طويلة وفي رواية
عنه مقدار ما يخطو ثلاث خطوات ثم يقيم وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين
والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله والفرق قد ذكرناه اشارة الى قوله ان التاخير مكروه بخلاف
سائر الصلوات فان التاخير فيها ليس بمكروه والاشتغال بالركعتين يؤدي الى التاخير فكذلك لا يفصل
بينهما والمذكور هاهنا من مذهب الشافعي رحمه الله مناف لما تقدم في باب المواقيت من وقت المغرب وهو ان
يصلي فيه ثلاث ركعات. قال يعقوب رايت ابا حنيفة رحمه الله يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد
ما قلنا ان الجلوس عنه في اذان المغرب وانما اورده ليؤكد قول ابي حنيفة بفعله فعلا وانما ذكر الامام محمد في
الجامع الصغير ابا يوسف باسمه دون كنيته دفعا لوهم التسوية بين الشيخين وكان مامورا من جهة ابي يوسف
ان يذكره باسمه حيث يذكر ابا حنيفة رحمهم الله. وقوله وان المستحب معطوف على ما قلنا يعني
يفيد ما قلنا ويفيد كون استحباب المؤذن عالما بالسنة اي باحكام الشرع لقوله صلى الله عليه وسلم يؤذن
لكم خياركم وخيارهم من كان عالما بالشرع وهذا رد على من يقول الاحسن للامام ان يفوض الاذان والاقامة
الى غيره فان النبي صلى الله عليه وسلم ما كان يباشر الاذان والاقامة بنفسه وكان اماما لهم في الصلوات
قلنا اذن واقام صلى الله عليه وسلم احيانا لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
في سفر فلما زالت الشمس اذن واقام وصلى الظهر. وقوله غداة ليلة التعريس التعريس النزول في
اخر الليل روى البخاري في صحيحه باسناده الى عبد الله ابي قتادة عن ابي حنيفة ابيه قال سرنا مع النبي صلى
الله عليه وسلم ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله قال اخاف ان تناموا عن الصلاة فقال بلال
انا اوقظكم فاضطجعوا واسند بلال ظهره الى راحلته فغلبته عيناه فنام فاستيقظ النبي صلى الله عليه
وسلم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال اين ما قلت قال ما القيت علي نومة مثلها قط قال ان الله
قبض ارواحكم حين شاء وردها حين شاء يا بلال قم فاذن الناس بالصلاة فتوضا فلما ارتفعت الشمس وابيضت
قام فصلى بالناس جماعة وهو اي قضاء النبي صلى الله عليه وسلم باذان واقامة حجة على الشافعي في اكتفائه
بالاقامة لا يقال قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بلالا فاقام ولم يذكر الاذان لان القصة واحدة
فالعمل بالزيادة اولى وفيه نظر لان ذلك انما يكون اذا كان راويهما واحدا ولم يثبت هاهنا ذلك
والجواب ان الراوي اذا كان متعددا انما يعمل بخبرين اذا امكن العمل بهما وهاهنا لا يمكن ذلك لكون
القصة واحدة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا من حديث ليلة التعريس وكان مخيرا في الباقي
ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار
وهم حضور ولا حاجة اليه فان قيل اذا كان الرفق متعينا في احد الامرين فالتخيير بينهما كما في قصر
الصلاة للمسافر وهاهنا الرفق متعين في الاقامة فما وجه التخيير اجيب بان ذلك بين الشيئين
الواجبين لا في السنن والتطوعات قال محمد روي في غير رواية الاصول عن محمد اذا فاتته صلوات تقضى
الاولى باذان واقامة والبواقي بالاقامة دون الاذان قال ابو بكر الرازي يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا

والمذكور في الكتاب محمول على الصلاة الواحدة فيرتفع الخلاف بين اصحابنا قال وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر
ينبغي للمؤذن ان يؤذن ويقيم على طهر لانهما يشبهان بالصلاة على ما سيأتي فان اذن بغير وضوء جاز لانه بلا
كراهة في ظاهر الرواية لانه ذكر فكان الوضوء فيه مستحبا كالقراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل
بين الاقامة والصلاة بالاشتغال باعمال الوضوء والاقامة شرعت متصلة بالشروع في الصلاة ويروى
انه يكره الاذان ايضا وهو رواية الكرخي لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب
رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين اي بين اذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا يكره اذانه
اي ان للاذان شبها بالصلاة في انهما يفتتحان بالتكبير ويؤديان مع الاستقبال والترتيب كلمات الاذان كاركان
الصلاة ويختصان بالوقت ولا يتكلم فيهما الا انه ليس بصلاة على الحقيقة ولو كان صلاة على الحقيقة لم يجز
مع الحدث والجنابة فاذا كان مشبها بها كره مع الجنابة اعتبارا للشبه ولم يكره مع الحدث اعتبارا للحقيقة ولم
يعكس لانا لو اعتبرنا في الحدث جانب الشبهة لزمنا اعتباره في الجنابة بطريق الاولى لان الجنابة اغلظ الحدثين
فكان يتعطل جانب الحقيقة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الاعادة وعدمها. وقوله اما الاول
يعني عدم اعادة اذان المحدث واقامته وقوله واما الثاني يعني استحباب الاعادة بسبب الجنابة وقوله
روايتان في ظاهر الرواية تجب وفي رواية الكرخي تجب والاشبه اعادة الاذان فقط لان تكرار الاذان
مشروع في الجملة كما في الجمعة بخلاف الاقامة. وقوله يعني الصلاة انما شرع لهذا الا انه قال في الايضاح ويحتمل
ان يكون المراد من الجواز اصل الاذان لان رفع الصوت زيادة في الباب وقوله وكذلك المرأة تؤذن عطف على قوله والجنب
احب الي ان يعيد. وقوله ليقع الاذان على وجهه فان اذان المرأة لا يكون على وجه السنة وترك وجه هذه السنة بدعة
وليس على النساء اذان ولا اقامة لانهما سنتا الصلاة بالجماعة وجماعتهن منسوخة وان صلين جماعة صلين
بغير اذان واقامة لحديث رائطة رضي الله عنها قالت كنا جماعة من النساء امتنا عائشة رضي الله عنها بلا
اذان ولا اقامة. وقوله ولا يؤذن لصلاة ظاهر. وقوله والحجة على الكل اي على ابي يوسف والشافعي واهل
الحرمين يعني ان الحديث حجة على الآخذ والمأخوذ منه فان قيل جاء في الحديث لا يغرنكم اذان بلال وتعلم
به انه كان يؤذن قبل الوقت اجيب بانه محمول على انه لم يعذر النبي صلى الله عليه وسلم اذانه ونهاهم عن
الاغترار به واعتباره وقد ذكر في المبسوط ان اذان بلال انكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره
ان ينادي على نفسه الا ان العبد قد نام فكان يبكي ويطوف حول المدينة ليت بلالا لم تلده امه وابتل من
نضح دم جبينه وانما قال ذلك لكثرة معاتبة رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه بقوله عليه السلام لا يؤذن لكه
قال في النهاية ذكر هذا الحديث في المبسوط لخطاب غيرهما وقال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما قرآنا وروى فخر الاسلام وليؤمكما اكبركما
سنا. وقوله فان تركهما جميعا يكره ظاهر وقوله لقول ابن مسعود روي ان ابن مسعود رضي الله عنه صلى
الله عليه وسلم بعلقمة والاسود بغير اذان ولا اقامة وقال اذان الحي يكفينا وذلك لان المؤذن نائب عن
اهل المحلة في الاذان والاقامة لنصبهم اياه لذلك فكان المصلي في الحي بغير اذان واقامة حقيقة مصليا بهما
حكما فلا يكره بخلاف المسافر فصلى وحده بغير اذان واقامة حقيقة وحكما فهو تارك الجماعة حقيقة وتشبيها
وترك الصلاة بجماعة مكروه فكيف اذا ترك التشبه كما اذا عجز عن الصوم وقدر على التشبه فانه يكره له تركه

باب شروط الصلاة التي تتقدمها

لما فرغ من ذكر السبب وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط والشروط جمع شرط وهو العلامة وفي
الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن داخلا. وقوله التي تتقدمها صفة مؤكدة لا مميزة اذ ليس
من الشروط ما لا يكون متقدما حتى يكون احترازا عنه وهو قريب من اسلوب قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا

وقوله

وقوله يجب على المصلي ان يقدم الطهارة انما اعاده وان كان قد علم مما تقدم كونها شرطا للصلاة ليكون
الباب مشتملا على جملة الشروط. وقوله اي ما يواري عورتكم عند كل صلاة يعني لاجل الصلاة لا لاجل الناس لان
الناس في الاسواق اكثر منهم في المساجد فلو كان لاجلهم لقال عند دخول الاسواق فكان معناه خذوا ما يواري
عورتكم من الثوب الذي يحصل به الزينة وفي ستر العورة عند كل صلاة لان اخذ الزينة نفسها وهي عرض لا يمكن
الا بهذا الطريق فكان من باب اطلاق اسم الحال على المحل في قوله عند كل مسجد لطلاق اسم المحل على الحال فان قيل
روي عن ابن عباس انها نزلت في شأن الطواف لا في حق الصلاة فلا يكون حجة في وجوب الستر في حق الصلاة اجيب
بان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب. وقوله عند كل مسجد عام فلا يختص بمسجد الحرم وقوله عليه
السلام لا صلاة لحائض الا بخمار اي لبالغة لان الحائض لا صلاة لها لا بخمار ولا بغيره فكان مجازا عن البالغة لان
الحيض يستلزم البلوغ وفي دلالة الآية والحديث على فرضية ستر العورة نظر اما الآية فانما تفيد الوجوب
في حق الطواف ولهذا كان طواف العاري معتدا به فلو افادت الفرضية في حق الصلاة لكان لفظ خذوا
مستعملا في الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز واما الحديث فلانه خبر واحد وهو لا يفيد الفرضية واجيب
بان الآية قطعي الثبوت دون الدلالة على ذلك لما تقدم والحديث قطعي الدلالة لاداة الحصر ظني الثبوت لكونه
خبر الواحد فبمجموعهما تحصل الدلالة على الافتراض فتأمل. وقوله وهذا يبين ان السرة ليست من العورة
لانه قال ما بين سرته الى ركبته وقال ما دون سرته والمفهوم من ذلك ان لا يكون السرة عورة. وقوله والركبة معطوف
على السرة وفيهما خلاف الشافعي فان قيل كلمة الى للغاية وهي في هذا الموضع لمد الحكم اليها فلا تدخل
فلا تدخل اجاب بقوله وكلمة الى نحملها على كلمة مع كما في قوله تعالى ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم عملا بكلمة
حتى في قوله حتى تجاوز ركبته او عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الركبة من العورة وفيه نظر لان حتى اذا دخل
الفعل كان بمعنى الى في مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما وكان ينبغي ان يقول وعملا بقوله عليه السلام
بالواو لان المعارضة ثابتة بكل منهما والجواب عن الاول انه بمعنى الى لكن مع دخول الغاية وقد قررناه
في التقرير وعن الثاني بان كلمة او لمنع الخلو لا لمنع الجمع فلا يكون منافيا [illegible] لان المشايخ اختلفوا في ان الركبة
مع الفخذ عضو واحد او كل واحد منهما عضو على حدة. قال المصنف رحمه الله في التجنيس الركبة
الى آخر الفخذ عضو واحد حتى لو صلى والركبتان مكشوفتان والفخذ مغطى جازت صلاته لان [illegible] الفخذ
من الربع قال وقيل [illegible] عضو ولكن الاول اصح لانه ليس بعضو على حدة بل هي ملتقى
عظم الفخذ والساق [illegible]
قال وبدن الحرة كلها عورة [illegible]
بعض اصابعه. وقوله وكفيها [illegible] الكف عورة وهو ظاهر الرواية [illegible]
[illegible] وقوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة
مستورة [illegible]
[illegible]

مستورة خبر بمعنى الأمر ومثله يقبل التأكيد وقيل محله عام في جميع بدنها وليس في لفظه استثناء فاستثنينا الوجه
او الثلاثة بالإبلاء تخصيص بلا لفظ ابتداء وهو لا يجوز عندنا كما عرف في موضعه فالجواب ان قوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا لبعولتهن الآية اما ان يكون قد ورد قبل الحديث او بعده فان كان بعده نسخ عموم الحديث وان كان
قبله فالحديث لكونه خبر الواحد لا يبطل شيئا مما يتناوله وقوله وثلث ساقها او ربع ساقها مكشوف قيل ما وجه الجمع
بين الربع والثلث وذكر الربع يغني عن ذكر الثلث واجيب باوجه بانه سهو من الكاتب ولهذا لم يكتبه فخر الإسلام
وعامة المشايخ لعدم الفائدة وبانه شك وقع من الراوي عن محمد وبانه اذا ذكر الربع علم ما نحية الثلث بالاولى والتنصيص
على ما يثبت دلالة بالتصريح غير قبيح قال الله تعالى فذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير وبان الربع مانع
قياسا والثلث استحسانا فاورده على القياس والاستحسان وبان الربع مانع مع القدم والثلث بدونها وبان ابا
حنيفة رحمه الله سئل عن هذه المسألة على هذا الوجه فاورده محمد كذلك اعلم ان اصحابنا رحمهم الله اتفقوا
على ان قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو واختلفوا في الحد الفاصل بينهما فقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
الربع كثير وما دونه قليل وقال ابو يوسف ما دون النصف قليل لان الشيء لا يوصف بالكثرة الا اذا كان ما يقابله اقل
منه لان القليل والكثير من اسماء المقابلة يريد به تقابل التضايف والاضافة هيئة تكون ماهيتها معقولة بالقياس
الى هيئة اخرى تكون ماهيتها معقولة بالقياس الى الهيئة الاولى كالابوة والبنوة والذي في الشروح ان التقابل
بينهما تقابل الضدين وليس يعني لاجتماعهما في محل واحد فان الشيء الواحد يجوز ان يكون قليلا بالنسبة الى شيء وكثيرا
بالنسبة الى غيره وعلى هذا ورد في النصف عن ابي يوسف روايتان. وقوله واعتبار الخروج عن حد القلة
او عدم الدخول في ضده دليل الروايتين يعني ان النصف لما خرج عن حد القلة لان ما يقابله ليس باكثر منه
كان داخلا تحت حد الكثرة وانه لما لم يدخل في ضده اي ضد القليل وهو الكثير فان ما يقابله وهو النصف
الآخر ليس باقل منه لم يكن داخلا تحت حد الكثرة فكان قليلا لا تجب به الاعادة. وقوله في ضده اي
في مقابله وكانه هو الذي حمل الشارحين على تفسير المقابلة بالتضاد وقوله ان الربع يحكي حكاية الكمال
يعني ان ربع الشيء قد يقام مقام الكل في مواضع كثيرة من الاحكام واستعمال الكلام كمسح الرأس والحلق في الاحرام
ويقال رأيت فلانا وانما لم ير منه الا وجهه احدى الجوانب الاربعة فكذا هاهنا احتياطا في باب العبادة
واعترض بان اعتبار هذا بمسح الرأس غير مستقيم لان مسح كل الرأس لم يكن واجبا حتى يقوم الربع مقامه بل الواجب
منه بعضه واجيب بان الاصل في الرأس غسل كله كما في غسل وجهه لان التطهير المقصود بالوضوء يحصل
به الا ان الشارع اكتفى بالمسح من الغسل ثم اكتفى بالبعض عن الكل دفعا للضرورة فكان الربع قائما مقام الكل
من هذا الوجه وقيل هذا تشبيه القدر بالقدر لا تشبيه الواجب بالواجب كما في قوله صلى الله عليه وسلم
انكم سترون ربكم الحديث فان فيه تشبيه الرؤية بالرؤية لا تشبيه المرئي بالمرئي والشعر والبطن والفخذ
كذلك يعني هذا الاختلاف اي الذي تقدم ذكره ان الربع مانع او النصف لان كل واحد كل عضو على حدة
والمراد به النازل من الرأس قيل وجعل الشعر من الاعضاء للتغليب او لانه جزء من الآدمي حتى لا يجوز بيعه والمراد
به النازل اي المسترسل. وقوله هو الصحيح احتراز عن الاختيار الصحيح عن الصدر الشهيد وغيره ان المراد
بالشعر ما على الرأس واما المسترسل وهو النازل الى اسفل من الاذن ففي كونه عورة روايتان واختار الفقيه
ابو الليث كونه عورة احتياطا لان تلك الرواية تقتضي ان يجوز النظر الى صدغ الاجنبية وطرف ناصيتها
كما ذهب اليه عبد الله البلخي وهو امر يؤدي الى الفتنة فكان الاحتياط في الاخذ بهذه الرواية. وقوله وانما
وضع غسله جواب عما يقال لو كان الشعر النازل من الرأس عورة لكان باعتبار انه من بدنها وليس كذلك لان غسله
في الجنابة موضوع وليس شيء من بدنها كذلك ووجهه ان سقوط غسله ليس باعتبار انه ليس من بدنها بل هو من
بدنها خلقة لاتصاله به ولكن سقط غسله لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف يعني الذي تقدم

من انكشاف

من انكشاف الربع او النصف والعورة الغليظة هي القبل والدبر وهذا التقسيم انما يستقيم على اختيار الكرخي
حيث ذكر في كتابه انه يعتبر في السوءتين قدر الدرهم وفيما عدا ذلك الربع وانما قال ذلك لان العورة نوعان
غليظة وخفيفة كالنجاسة ثم في النجاسة الغليظة يعتبر الدرهم وفي الخفيفة الربع فكذا في العورة واما
على اختيار عامة العلماء فلا فائدة في تقسيمها اذ في كل منهما يعتبر انكشاف الربع مانعا عندهما خلافا لابي يوسف
سواء كان ذلك عضوا صغيرا او كبيرا وما ذهب اليه الكرخي وهم لانه قصد به التغليظ في العورة الغليظة تخفف
لانه اعتبر في الدبر قدر الدرهم وهو لا يكون اكثر من قدر الدرهم فهذا يقتضي جواز الصلاة وان كان جميع الدبر
مكشوفا وهو تناقض والذكر يعتبر بانفراده عضوا يمنع انكشاف ربعه جواز الصلاة وكذا الانثيان وهذا هو
تناقض والذكر يعتبر بانفراده عضوا الصحيح دون الضم كما في الدية احتياطا وهو احتراز عما قيل ان الخصيتين
مع الذكر عضو واحد لانهما تبع للذكر فيعتبر ربع المجموع عندهما قال شيخ الاسلام هذا كله عندنا
واما عند الشافعي فالقليل والكثير في ذلك سواء في المنع عن جواز الصلاة فكان الخلاف في هذا كالخلاف في قليل
النجاسة قال وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة ما كان عورة من الامة قال في شرح الطحاوي
ومن في رقبتها شيء من الرق فهي في معنى الامة وهذا لان حكم العورة في الاناث اغلظ فاذا كان الشيء من الرجل
عورة فمن الانثى اولى وبطنها وظهرها عورة لانها محل الشهوة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر
رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر حين رأى جارية متقنعة. وقوله يا دفار بالدال
المهملة اي يا منتنة وروي ان جواريه كانت تخدم الضيفان مكشوفات الرؤوس مضطربات الثديين والمهنة بفتح
الميم وكسرها الخدمة والابتذال من مهن القوم خدمهم وانكر الاصمعي الكسر. وقوله في حق جميع الرجال
اي سوى مولاها. قوله ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة بالقصر لبيان المسائل ومعناه على الوجه الذي
ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لان في الصلاة فيه اي في الثوب الذي يكون الطاهر فيه اقل من الربع ترك فرض
واحد وهو الطهارة وفي الصلاة عاريا ترك الفروض ستر العورة والقيام والركوع والسجود وقوله لان
كل واحد منهما اي من الانكشاف والنجاسة مانع جواز الصلاة حالة الاختيار ويستويان اي وهما يستويان
خبر مبتدأ محذوف ليكون عطف جملة اسمية على اسمية. وقوله في حق المقدار يجوز ان يكون معناه ان
القليل من كل واحد غير مانع والكثير مانع فلما كان كذلك ثبتت المساواة بينهما في المانعية من غير رجحان لاحدهما
على الآخر فيختار ايهما شاء ويجوز ان يكون معناه في مقدار الربع فان المانع في النجاسة الخفيفة مقدر بالربع وكذا
المانع في العورة الربع فلما استويا في المانعية في المقدار استوى اختيار المصلي ايضا في ان يصلي فيه او يصلي
عريانا وحاصله انهما يستويان في الموضعين في المنع وفي المقدار فيجب ان يستويا في حق الصلاة في ذلك الثوب
اي في حق اثبات الاختيار ايضا. وقوله وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا جواب عن قوله وفي الصلاة
عريانا ترك الفروض لكن قوله ترك الفروض وجوابه المذكور انما يستقيمان على تقدير ان يصلي العاري قاعدا
واما اذا صلى قائما فانما يكون تاركا لفرض واحد وهو الستر واذا ترك فرضا واحدا فرضا فقد اقام فرضا
بازائه وهو ترك استعمال النجاسة فكان تارك فرض بازاء الاتيان بفرض آخر فيتخير وكان محمد رحمه الله نبه
على ما هو الافضل في الصلاة قاعدا على احكام المسألة على ما هو الاصل. فان قيل سلمنا انه اتى بفرض وترك
فرضا لكن لا نسلم المساواة بينهما فان فريضة الستر اقوى فان خطاب الستر في حق من فريضة ترك
استعمال النجاسة لما ذكر في الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها فالجواب
انا لا نسلم ان فريضته اقوى فان خطاب الستر في حق الصلاة انما هو في الستر بالطاهر لا بالنجس واذا كان كذلك
تساويا ولئن سلمنا ذلك لكنه اذا صلى قاعدا فقد اتى ببعض الستر وما قام مقام الاركان وترك استعمال
النجاسة واتى بالاركان فيستويان فيتخير ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومئ بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب

اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم روي عن انس بن مالك رضي الله عنه انه قال ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ركبوا في السفينة فانكسرت بهم السفينة في لجة من لجج البحر عراة فصلوا قعودا وهذا قول روي عنهم ولم يرو عن اقرانهم
خلافه فحل محل الاجماع. وقوله فان صلى قائما اجزاه ظاهر وقوله الا ان الاول يعني الصلاة قاعدا افضل لان الستر
واجب لحق الصلاة وحق الناس وما كان كذلك كان اكد ولان الايماء خلف عن الاركان وترك خلافا الستر فانه لا خلف
له قيل هذا ان المعنيان يقتضيان انحصار الجواز في القعود فلا وجه للجواز قائما والجواب انه ممنوع فان وجه الجواز
قائما موجود وهو الاتيان بالاركان بعينها والاتيان بها خير من الاتيان بخلفها والستر وان كان اعم وجوبا ونفعا
لكنه لم يحصل بجميعه واذا لم يحصل بجميعه لم يعتبر في مقابلة ترك الركوع والسجود الذي هو الركن الاصلي في
الصلاة وهذا يقتضي ان لا يجوز قاعدا فتسويا بميل الى اباحتها ولكن القعود افضل لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم فعلوا كذلك على ما ذكرنا وذلك القدر من الستر يصلح للترجيح جانب القعود ولان الستر لما كان فلا هو اولى من الاركان
لقيام الخلف مقامها قال وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل الكلام فهاهنا
ثلاث مواضع في نفس النية وفي الاصل الذي وجبت به وفي وقتها وكيفيتها بعمل والمصنف بدأ ببيان الاصل الثابتة هي به
فقال والاصل فيه اي في اشتراط النية قوله صلى الله عليه وسلم الاعمال بالنيات اي حكم الاعمال او ثوابها ثابت
بها وقيل تقريره الصلاة عمل والاعمال بالنيات فالصلاة بالنية فما لا يكون بالنية لا يكون صلاة وفيه نظر ولان ابتداء
الصلاة بالقيام وهذا ظاهر وهو اي القيام متردد بين العادة والعبادة فابتداؤها متردد بينهما فلا بد من التمييز
بينهما ولا يقع التمييز الا بالنية ثم ذكر وقتها بقوله والمتقدم على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل
لا يليق بالصلاة وهذا على سبيل الجواز فانه روي عن محمد انه لو نوى عند الوضوء انه يصلي الظهر او العصر مع
الامام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلاة الا انه لما انتهى الى مكان الصلاة لم تحضره النية جازت صلاته بتلك النية
واما الافضل فانه يكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعا بنية متاخرة. وقوله ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه اي من النية
عن التكبير رد لقول الكرخي فانه يجوز بنية متاخرة عن التحريمة واختلفوا على قوله فقيل الى انتهاء الثناء وقيل الى التعوذ
وقيل الى الركوع وقيل الى ان يرفع راسه من الركوع. وقوله لانه ما مضى يعني من الاجزاء لا يقع عبادة لعدم النية والاجزاء الباقية
مبنية عليه فلم تجز بخلاف الصوم فان النية فيه جوزت متاخرة عن اول جزئه للضرورة لان ذلك وقت نوم وغفلة
فلو شرطت النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لضاق الامر على الناس واما الصلاة فانها تبتدا غالبا
في وقت انتباه ويقظة فلا ضيق في اشتراط النية عنده والنية هي الارادة اي الارادة الجازمة القاطعة
والارادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما فالنية هو ان يجزم بتخصيص الصلاة التي
يدخل فيها وتمييزها عن فعل العادة ان كانت نفلا او عما يشاركها في اخص اوصافها وهو الفريضة ان فرضا وقوله
والشرط ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي قيل وامارة علمه بذلك انه لو سئل عن ذلك امكنه ان يجيب على البديهة
فان توقف في الجواب لم يكن عالما به واعترض بان هذا ابتدع الى تفسير النية بالعلم وهو غير صحيح لانه لا يلزم
من العلم بشيء نيته الا ترى ان من علم الكفر لا يلزمه شيء ومن نوى الكفر كفر واجيب بان معنى كلامه والشرط
فيه بعد ان يعلم وهو بعيد وهو اذ ليس في كلامه ما يشير الى النية ولا يلوح وقوله ارى انه اراد به لكن انها
هو ان يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها وتمييزها الى اخره لان التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور
قوله اما الذكر باللسان فلا معتبر به اي في حق الجواز لكنه يحسن لاجتماع عزيمته. قوله ثم ان كانت
الصلاة نفلا فالاتيان لكيفية النية وذلك لان الصلاة التي يدخل فيها اما ان تكون فرضا او غيره والثاني يكفي
فيه مطلق النية نفلا كانت او سنة في الصحيح لان النية في النفل للتمييز عن العادة وهو يحصل بمطلق النية وقوله
في الصحيح احتراز عما قيل انه لا بد من ان ينوي سنة الرسول عليه السلام لانها صفة زائدة على النفل المطلق
كالفرض والاول المصلي فيه اما انه يكون منفردا او مقتديا فالامام والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذي يدخل

فيه

فيه اما ان يكون منفردا كالظهر مثلا ولا يكفيه ان يقول نويت الفرض لاختلاف الفروض فلا بد من التمييز
بينهم ومنهم من يقول اذا نوى الظهر او العصر مثلا ولم ينو ظهر اليوم او الوقت ان كان يصلي في الوقت لا يجزيه لجواز ان يكون
عليه ظهر صلاة فائتة فلا يتعين المقصود والاول اظهر لان ظهر الوقت مشروع الوقت والفائتة ليست كذلك
بل انما توجد بعارض فمطلقه ينصرف الى ظهر الوقت وانوك الشرط المقدم وهو ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي
يحسم مادة هذه المقالات وغيرها فان العمدة فيه حصول التمييز به وهو المقصود والمقتدي بغيره ينوي
الصلاة على الوجه المذكور ومتابعته لانه يلزمه فساد صلاة المقتدي من جهة ذلك الغير وهو الامام فلا بد
من التزام الاقتداء حتى لو ظهر ضرر الفساد كان ضررا ملتزما وانما لم يذكر الامام وان اشترط له امامة النساء
لان حضورهن الجماعة مكروه نادر الوقوع في عامة الامصار قال ويستقبل القبلة استقبال
القبلة ايضا من شروط الصلاة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره اي شطر المسجد الحرام ووجه الاستدلال
ان الله تعالى قال فلنولينك قبلة ترضاها ثم امر بالتوجه شطر المسجد الحرام ثم المصلي اما ان يكون بمكة او غائبا
عنها والاول فرضه اصابة عينها لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في المسجد الحرام متوجها الى الكعبة
ومضى على ذلك الصحابة والتابعون فكان اجماعا على ذلك والثاني فرضه اصابة جهتها لان الله تعالى امر النبي
صلى الله عليه وسلم والمؤمنين بالتوجه الى المسجد الحرام وهم بالمدينة دون الكعبة وفيه اشارة الى ان اصابة
عينها للغائب غير لازمة لان التكليف بحسب الوسع. وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الشيخ ابي عبد الله
الجرجاني ان فرضه اصابة عينها بزيادة تلك اشتراط نية عين الكعبة لان اصابة عينها وهو غائب عنها
غيب لا يطلع عليه فكان التكليف بها تكليفا بما ليس في الوسع فلا يجوز اشتراطها واما من كان الشرط عنده اصابة
الجهة فليس له حاجة الى النية واما نية الكعبة بعد التوجه اليها فكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يشترطه والشيخ
ابو بكر محمد بن حامد لا يشترطه وقال المصنف في التجنيس ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال
القبلة شرط من الشروط فلا تشترط فيها النية كالوضوء. وقوله ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر بيان
ان التوجه الى القبلة يسقط بعذر الخوف لاسباب مثل من اختفى من عدو او غيره ويخاف انه اذا تحرك
واستقبل القبلة يشعر به العدو فانه يجوز له ان يصلي قاعدا بالايماء او مضطجعا حيث ما كان وجهه
وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة وليس له من يحوله وكذا اذا انكسرت السفينة وبقي على لوح
وخاف انه لو استقبل سقط في الماء جاز له ان يصلي حيث ما كان وجهه لتحقق العذر فاشبه حال الاشتباه
ومن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع من يسأله اجتهد وصلى قيد بقوله
وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع لانه لو كان بحضرته منهم لم يصح له الاجتهاد في امر القبلة وانما عليه السؤال
وقال اجتهد لانه ليس له ان يصلي بلا اجتهاد ولان الصحابة اشتبهت عليهم القبلة فتحروا وصلوا ثم ذكروا ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم. وقوله ولان العمل بالدليل الظاهر واجب ظاهر وقوله
ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري الى اخره قيل هذا لا يصلح حجة على الشافعي لان له ان يقول سلمنا ان التكليف
مقيد بالوسع لكن حال العمل لا بانيا بما في وسعه بما امر به ولا يأثم به عند ظهور الخطأ وليس كلامنا فيه وانما الكلام
فيه اذا ظهر خطأ وتيقن ان يكون فعله كلا فعل في حق وجوب الاعادة ام لا وليس فيما ذكرتم ما يدل على نفيه
ولنا ما يدل على ثبوته من الاستقراء كما اذا صلى في ثوب باجتهاده على انه طاهر فاذا هو نجس وكما اذا توضأ بالتحري بماء في
الاواني على انه طاهر فكان بخلافه وكما اذا حكم الحاكم باجتهاده في حكم ثم وجد نصا بخلافه فان عليه الاعادة فيها
كلها لظهور الخطأ بيقين مع جواز العمل بما في وسعه عند توجه الخطاب بالعمل به فكذلك فيما نحن فيه واجيب
بالفرق بان النجاسة وامثالها مما لا يحتمل الانتقال من محل الى محل فلم يعتبر العمل الا بظاهر ما ادى اليه تحريه
فاذا ظهر ما هو اقوى منه ابطله لانه غير قابل للانتقال حتى يقال انه كان في ذلك الوقت ظاهرا ثم تحول بعده

يتيقن بل هو من صلى كان الثوب موصوفا بالنجاسة وكذلك في حكم القاضي بالاجتهاد فيما فيه نص علاقه واما القبلة
فهي من قبيل ما يحتمل الانتقال الا ترى انها انتقلت من بيت المقدس الى الكعبة ومن عين الكعبة الى الجهة اذا بعد عن مكة
ومن جهة الكعبة الى سائر الجهات اذا كان راكبا فانه يصلي حيث ما توجهت اليه راحلته فبعد ما صلى الى جهة بالتحري
اذا تحول رايه ينتقل فرض التوجه الى تلك الجهة فكان تبدل الراي فيه بمنزلة النسخ فيعمل به في المستقبل ولا يظهر
به بطلان ما مضى كما في النسخ الحقيقي لان الشرط ان يكون مبتلى بالتوجه عند القيام الى الصلاة وهو المقصود في
الامر بالتوجه الى الكعبة لان الله تعالى لا جهة له حتى يتوجه اليه وانما يتحقق هذا اذا صلى الى الجهة التي وقع عليها
تحريه وقوله وان علم وهو في الصلاة ظاهر وقبا بالضم والمد من قرى المدينة يذكر ويؤنث ويصرف ولا يصرف **وقوله** من غير
نقض المؤدي قبله لما ذكرنا ان دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ واثر النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي وقوله ومن
ام قوما في ليلة مظلمة ظاهر **وقوله** ومن علم منهم حال امامه **قال** في النهاية
وهذا القيد وهو علم المقتدي بحال امامهم ما موضعين ليس بلازم في حق فساد صلاتهم فانه لو علم حال الامام قبل
الاقتداء فالحكم كذلك وان كان الامام في وقت الاقتداء على الصحة وفيه نظر لان قوله ومن علم منهم انه القوم المقتدي
حال امامه اعم من ان يكون علم قبل الاقتداء به او بعده واما ان العلم قبل الاقتداء كالعلم بعده فلما ذكر المصنف
في التجنيس رجل تحرى القبلة فاخطأ فدخل في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل
في صلاته وقد علم حالته الاولى لا تجوز صلاة الداخل لانه دخل في صلاته وعلم ان الامام كان على الخطاء في اول صلاته
ولو علم من اول صلاته ان الامام على الخطاء ودخل في صلاته لم تجز فكذا هذا وقد استشكلت صورة هذه المسألة
لانه وضعها في الليلة المظلمة والصلاة فيها جهرية فحينئذ يعلمون حال الامام بصوته واجيب بان تكون
الصلاة قضاء ويكون الامام ترك الجهر ساهيا او بانهم عرفوا امامهم بصوته انه قد امهم لكن لم يميزوا من صوته
انه الى اي جهة توجه وقد ذكرنا غير ذلك في التقرير والله اعلم

باب صفة الصلاة

لما فرغ من ذكر الوسائل شرع في بيان المقصود والوصف والصفة مترادف فان عند اهل اللغة والهاء عوض عن
الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين من اصحابنا ان الوصف هو كلام الواصف والصفة هي المعنى القائم بذات
الموصوف والظاهر ان المراد بالصفة هنا الهيئة الحاصلة للصلاة باركانها وعوارضها **قوله** فرائض
الصلاة ستة القياس ان يقال ستة لان الفرائض جمع فريضة لكن قاله على تاويل الفروض الذي هو جمع فرض وفي
بعض النسخ وانما قال فرائض الصلاة ولم يقل اركانها لان الفرائض اعم تتناول الاركان وغيرها ومن المذكور في
الكتاب التحريمة وهي فرض وليست بركن والتحريم جعل الشيء محرما والهاء لتحقيق الاسمية وانما اختصت التكبيرة الاولى
بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء المباحة قبلها بخلاف سائر التكبيرات وهي فرض لقوله تعالى وربك فكبر اي
وخص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء وان يقال الله اكبر روي انه لما نزل **قال** رسول الله الله اكبر فكبرت
خديجة وفرحت وايقنت انه الوحي فان سورة المدثر اول سورة نزلت ودخلت الفاء لمعنى الشرط كانه
قيل وما كان فلا تدع تكبيره ووجه الاستدلال ان المراد به تكبيرة الافتتاح باجماع اهل التفسير والامر للوجوب
ولان الامر للوجوب وسائرها ليس بواجب للاجماع فتعينت له ضرورة وكذلك القيام لقوله تعالى وقوموا
لله قانتين اي مطيعين وقيل خاشعين وقيل ساكتين وعن ابن عمر ان القنوت طول القيام في الصلاة ووجه الاستدلال
ما مر انه امر بالقيام وهو للوجوب وليس القيام واجبا خارج الصلاة فكان واجبا فيها ضرورة والقراءة لقوله
تعالى فاقرؤا ما تيسر منه القرآن ووجه الاستدلال ما مر وسنذكر في فصل القراءة مقدارها وقوله يخالفنا
في الوجوب والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا على ما مر من وجه الاستدلال قيل كان الناس اول
ما اسلموا يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فامروا ان يصلوا بالركوع والسجود والقعدة في اخر الصلاة مقدار
التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك ووجه الاستدلال

انه صلى الله عليه

انه صلى الله عليه وسلم علق التمام اي تمام الصلاة بالفعل قرا او لم يقرا لانه علقه باحد الامرين من قراءة التشهد
والقعود واحدهما وهو القراءة لم يشرع بدون الاخر حيث لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فيه
وانعقد على ذلك الاجماع فكان الفعل موجودا على تقدير القراءة البتة فكان هو المعلق به في الحقيقة لاستلزامه الاخر
وكل ما علق بشيء لا يوجد دونه فتمام الصلاة لا يوجد بدون الفعل وتمام الصلاة واجب وما لا يتم الواجب
الا به فهو واجب فالقعدة واجبة اي فرض فان قيل هذا خبر واحد وهو بمعزل عن اثبات الفرضية فكيف
مع هذا التكليف العظيم اجيب بان قوله تعالى اقيموا الصلاة مجمل وخبر الواحد لحق بيانا به والمجمل من الكتاب
اذا لحقه البيان الظني كان الحكم بعده مضافا الى الكتاب لا الى البيان في الصحيح وقد قررنا ذلك في التقرير
لا يقال فليكن الامر في قراءة الفاتحة كذلك فتكون واجبة لان نص القراءة ليس بمجمل بل هو خاص فتكون الزيادة
عليه نسخا بخبر الواحد وهو لا يجوز وفيه وجه اخر وهو ان خبر الواحد اذا كان متلقى بالقبول جاز اثبات
الركنية به فاولى ان يجوز اثبات الفرضية لان درجة الركنية اعلا وقد ثبت ركنية الوقوف بعرفات بقوله
صلى الله عليه وسلم الحج عرفة والوقوف معظم اركان الحج لا محالة والمصنف رحمه الله جعل القعدة من فرائض
الصلاة حيث ذكرها فيها جارا انه يثبت بخبر تلقي بالقبول **قال** وما سوى ذلك فهو سنة
اي ما سوى ما ذكرنا من الفرائض فهو سنة اطلق لجميع الفقه وري اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة
الى اخره فلا يكون الاطلاق صحيحا والجد ربما ذكره بقوله وتسميتها سنة في الكتاب اي الفقه وري لما انه ثبت وجوبها
بالسنة واعلم ان المراد بالواجب هاهنا ما تجوز الصلاة بدونه ويجب بتركه ساهيا سجدة السهو وبالسنة
ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المواظبة ولم يتركها الا بعذر كالثناء والتعوذ وتكبيرات
الركوع والسجود لا الصلاة اداب والادب فيها ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة او مرتين ولم يواظب
عليه كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود على الثلاثة والزيادة على القراءة المسنونة **قوله** ومراعاة
الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال في الركعة الواحدة كالسجدة الثانية من الركعة الاولى فان من تركها ساهيا وقام الى
صلاته ثم تذكر فان عليه ان يأتي بالمتروكة ويسجد للسهو لترك الترتيب **وقوله** فيما شرع مكررا احتراز عما شرع
غير مكرر فيها كالركوع فانه بعد السجود لا يقع معتدا به بالاجماع وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس
في تكبيرات العيدين وقنوت الوتر فانه لا يجب السجدة على من تركها ساهيا لانها سنة فبتركها لا يتمكن كبير نقصان
في الصلاة كما اذا ترك الثناء والتعوذ لان مبنى الصلاة على الافعال دون الاذكار وجه الاستحسان وهو الصحيح
ان هذه السنة تضاف الى جميع الصلاة يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر فان تكبيرة الركوع وثناء الافتتاح
غير مضاف الى جميعها فبتركها لا يتمكن النقصان فيها كذا في الشروح وفيه نظر لانهم قالوا المراد بالواجب هاهنا
ما تجوز الصلاة بدونه وتجب سجدة السهو بتركها ساهيا وهذه الاذكار مما تجب السجدة بتركه والصلاة بدونها جائزة
فتكون واجبة وليس كذلك والجواب ان ذلك على وجه القياس ويخرج من هذا ان ما هو واجب تجب سجدة السهو
بتركه ساهيا وبالعكس على وجه القياس واما على وجه الاستحسان فلا ينعكس فانه ليس كل ما تجب السجدة بتركه واجبا
فانها تجب بترك سنة تضاف الى جملة الصلاة كما ذكرنا فان قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى واجبة
ذكره في باب سجود السهو من هذا الكتاب ولم يذكرها هاهنا وكذلك تعديل الاركان عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله اجيب بان مقصوده هاهنا لم يكن ذكر جميع الواجبات بل بيان ان ما سوى المذكور
ليس بمنحصر في السنة وذلك يحصل باداء صورة واحدة وقيل قوله وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت
وجوبها بالسنة ليس بجيد لانه يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز لانه حينئذ يكون المراد به السنة
والواجب ايضا لانه ثبت بالسنة واجيب بان الجمع بين الحقيقة والمجاز جائز اذا كان في محلين مختلفين
على مذهب بعض العراقيين والشيخ ابو الحسن القدوري عراقي فلا يرد عليه واما صاحب الهداية فقد

تبعه في ذلك وتعليله ظاهر والحق انه ليس من باب الجمع بينهما بل المراد بقوله فهو سنة ثابت بالسنة
والواجبات والسنن المذكورة في هذا الباب داخلة تحت هذه اللفظة بطريق الحقيقة. قوله اذا
شرع في الصلاة اي اراد الشروع لان التحريمة ليست بعد الشروع بل المشروع يتحقق بها قال محمد في
المبسوط اذا اراد الرجل الدخول في الصلاة. قوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وربك فكبر وقال عليه
السلام معطوف على قوله لما تلونا يعني والتحريم مصدر حرم وهو مضاف الى فاعله وهو الصلاة ولا يقال
له مفعول لان المقصود اثبات التحريم لها لا ايقاعه على شيء آخر. قوله التكبير لا يصلح ان يكون محمولا على
تحريمها ولا يصلح العكس ايضا على ظاهر الكلام لان تحريم الصلاة غير افعال الصلاة على المصلي ليس عين التكبير
ولا عكسه فيكون معناه تحريم الصلاة بالتكبير ولكن جعل التكبير عين التحريم مبالغة وهو اي التكبير شرط عندنا
خلافا للشافعي. قوله حتى انه من يحرم بنية فائتة الاخ لان تعدد لما كانت التحريمة شرطا جاز اداء
النفل بتحريمة الفرض وعنده لما كانت ركنا لم يجز ذلك فان اداء الصلوات بشرط واحد يجوز فان قيل الاقسام
العقلية هاهنا اربعة بناء الفرض على الفرض وبناء النفل على النفل وبناء الفرض على النفل وبناء النفل
على الفرض جوزه وهو المذكور في الكتاب فهل يجوز غيره من الاقسام الباقية اولا فالجواب ان بناء الفرض على
الفرض جوزه ابو اليسر قال في مبسوطه لو شرع في الظهر واتمها ولم يسلم وبنى عليه عصرا فانه
عنه اجزاه ونفاه القاضي ابو زيد في الاسرار وفخر الاسلام في اول الجامع الصغير وبناء النفل على النفل يجوز
واما بناء الفرض على النفل فقيل لم يوجد فيه رواية والظاهر عدم الجواز لان بناء المثل على المثل او الاضعف
على الاقوى معقول وموافق للاصول لان الشيء يجوز ان يستتبع مثله وما هو دونه واما ان يستتبع ما هو فوقه
فلا يجوز لانه يجعل الاقوى تابعا للادنى. فان قلت لو لم يكن الشرط تعتبر وجوده لا وجوده قصدا ينبغي
جواز هذه الصورة كالصور الباقية فالجواب ان وجود الشرط لا يوجب المشروط لا المانع وهو ما ذكرنا من اتباع
القوي الضعيف موجود فكان ممتنعا. قوله الشافعي رحمه الله يقول يشترط لها ما يشترط لسائر
الاركان من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية وهو ظاهر وكل ما يشترط له ما يشترط
لسائر الاركان ركنا قياسا على كل واحد من الاركان ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى عطف الصلاة على الذكر
ولو كان ركنا لما جاز ذلك لانه يلزم عطف الكل على الجزء وفيه عطف الشيء على نفسه لاشتمال الكل على جزئه
ولهذا الجيء ولانه ليس بركن لا يتكرر كتكرار الاركان في كل صلاة كالركوع والسجود. قوله ومراعات الشرائط
جواب عن قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان ووجهه ان اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها وانما
لما يتصل به من القيام الذي هو ركن الاترى ان الاحرام اذا انفصل عن الاحرام في باب الحج لم يشترط للاحرام
سائر شرائط الاركان فان الوقت شرط الاداء سائر الاركان ولا يشترط للاحرام عندنا والاختلاف فيهما على
نسق واحد. قوله ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة رفع اليدين في اول الصلاة سنة بلا خلاف
لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه مع الترك وهي علامة السنة بخلاف ما اذا كان بلا ترك فان ذلك
دليل الوجوب على ما سياتي واختلفوا في افضلية وقت الشروع فقال شيخ الاسلام وقاضي خان مقارنا
للتكبير ولفظ الكتاب يشير اليه وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي والمروي عبارة عن القول
والمحكي عن الفعل وقال شمس الائمة السرخسي والذي عليه اكثر مشايخنا انه يرفع يديه اولا فاذا استقر في موضع
المحاذاة كبر وجعله المصنف اصح لان في قوله وفعله معنى النفي والاثبات لانه ينفي بفعله الكبرياء عن غير الله
ويثبت بقوله تعالى فيكون النفي مقدما على الاثبات كما في كلمة الشهادة ولا يتكلف للتفريق بين الاصابع عند
رفع اليد بل يتركها على ما هي عليه بين الضم والتفريق وما روي انه صلى الله عليه وسلم كبر ناشرا اصابعه معناه
ناشرا عن طيها. قوله ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه ظاهر ومذهبنا قول ابي موسى الاشعري

وهو قول الثاني

ومذهب الشافعي قول ابن عمر رضي الله عنهم ذكره شمس الائمة السرخسي. قوله ولا ان يرفع
اليدين لاعلام الاصم قال في النهاية كان يجب ان يقول ورفع اليد لاعلام الاصم ايضا بزيادة قوله
ايضا لدفع التناقض صورة لانه ذكر اولا ان معنى رفع اليد نفي الكبرياء عن غير الله فلا يكون لغيره
وكانه يجوز ان يقول ان المعلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان ويجوز ان تكون علته مركبة فاذا
قال ايضا كان نفي الكبرياء واعلام الاصم علة واحدة مركبة لرفع اليد ثم اعتذر بان المصنف تابع شمس
الائمة وقد ذكره كذلك فان دابهم ترك التكلف وتفهيم المعاني. وقيل لو كان الاعلام للاصم
لما اتى به المنفرد. واجيب بان الاصل هو الاداء بالجماعة قال الله تعالى واركعوا مع الراكعين فيكون
الانفراد نادرا على ان حكمة الحكم لا تراعى في كل فرد. فان قيل هذا يجب ان لا ياتي به المقتدي اجيب
بان الاصم يجوز ان يكون في اخر الصفوف. قوله وهو ما قلناه اي اعلام الاصم مما قلناه من رفعها
حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه. قوله وما رواه يعني من حديث ابي حميد يحمل على حالة العذر
روي عن وائل بن حجر انه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون ايديهم الى الاذان ثم قدمت عليهم
من القابل وعليهم الاكسية والبرانس من هذه البرد فوجدتهم يرفعون ايديهم الى المناكب. قوله
هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انها ترفع يديها حذاء اذنيها كالرجل
لان رفع اليدين انما يكون بكفيها وكفها ليست بعورة فكانت هي والرجل في رفع اليدين سواء بخلاف سائر
الاعضاء ووجه الصحيح ما ذكره انه استر لها. قوله فان قال بدل التكبير يدل على ان الاصل هو
التكبير اعلم ان الشارع في الصلاة اذا قال الله الكبير جاز خلافا لمالك وللشافعي رحمهما الله واما اذا قال الله
اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او قال الحمد لله او سبحان الله او لا اله غيره فقد قال ابو
حنيفة ومحمد رحمهما الله اجزاه وقال ابو يوسف ان كان يحسن التكبير اي يمكنه ان يقول الله اكبر او الله
الاكبر او الكبير لا يجوز وان لم يحسن جاز وقال مالك رحمه الله يقول الاصل في ذلك التوقيت والمنقول فيه
هو الاول ولا يجوز غيره والشافعي رحمه الله يقول ادخال الالف واللام فيه ابلغ في الثناء وهو الاكثر
في الثناء لان تعريف الخبر يقتضي حصره في المبتدأ كما في قولك زيد العالم وقد عرف في موضعه فكون
ما زاده من المبالغة في مقابلة ما فاته من كونه منقولا فالخبر الثابت بما زاده قائم مقامه وابو يوسف
رحمه الله يقول ان افعل وفعيل في صفات الله تعالى سواء لانه لا اثبات الزيادات ليس مرادا في صفات الله
لعدم مساواة احد اياه في اصل الكبر حتى يكون افعل للزيادة كما يكون في اوصاف العباد فكان افعل وفعيل
سواء ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة قال الله تعالى فلما رأينه اكبرنه اي عظمنه وهو حاصل بما ذكرنا
من الالفاظ وهذا بناء على ان الفرض عمل اللسان والتكبير لا يجوز غيره الا اذا كان في معناه وقد يجوز
في التفسير وعلى هذا اذا قال الله بلا زيادة يصير شارعا لان فيه معنى التعظيم لكونه مشتقا من الاله وهو المعبود
وقال محمد لا يصير شارعا لان تمام التعظيم انما يكون بذكر الاسم والصفة جميعا والجواب ان تمام الحكم
حصول التعظيم لا بمائه ولم يذكر انه اذا شرع بتلك الالفاظ هل يكره ام لا فبعضهم قال لا يكره وقال
بعضهم يكره قال في النهاية وهو الاصح كذا في المحيط. قوله وان افتتح الصلاة بالفارسية اعلم
ان الافتتاح بالفارسية والقراءة بها في الصلاة والتسمية بها على الذبيحة جائز عند ابي حنيفة رحمه الله
سواء كان قادرا على العربية او لم يكن وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان احسن العربية لا يجزئه
الا في الذبيحة وان لم يحسنها اجزاه وفي الجامع محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في الافتتاح بالعربية
فانه جوزه باي لفظ كان من اسماء الله تعالى على ما تقدم ومع ابي يوسف في الفارسية حيث لم يجوزه بالفارسية
قال ان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها قال صلى الله عليه وسلم ... فضل لسان العربي

على غيره انا عربي والقران عربي ولسان اهل الجنة عربي واما الكلام في القراة فوجه قولهما ان القران اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص وهو قوله تعالى انا انزلناه قرانا عربيا والقران هو المامور بقراته في الصلاة قال الله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران على ما سيجي وهذا يقتضي ان لا يترك حالة العجز ايضا الا ان عند العجز يكتفي بالمعنى لئلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع وصار كمن عجز عن الركوع والسجود فانه جاز له الايماء بخلاف التسمية فان المقصود بها الذكر قال الله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وهو يحصل بكل لسان سواء يحسن كان يحسن في قولهم جميعا وكذلك الشهادة عند الحاكم واللعان والعقود يصح بالاجماع وروي عن الشافعي في القراة كقولهما وروي انه لا يجوز لكنه ان كان لا يحسن العربية فهو امي يصلي بغير قراة ولو قرا بالفارسية فسدت صلاته لانها من كلام الناس ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين وصفه بكونه في زبر الاولين ولم يكن القران بنظمه فيها لا محالة فتعين ان يكون بمعناه فيها والمعبر بالفارسية على سبيل الترجمة مشتمل على معناه فيكون جايزا الحاقا به فان قيل قوله تعالى قوله تعالى انا انزلناه قرانا عربيا محكم لا يقبل التاويل وقوله وانه لفي زبر الاولين يحتمل لان بعض المفسرين ذهب الى ان الضمير للنبي صلى الله عليه وسلم فكيف يترك المحكم به اجيب بانه تاويل بعيد يفضي الى التعقيد اللفظي بتفكيك الضماير في قوله وانه لتنزيل رب العالمين الى اخره والكلام المعجز مصون عن ذلك فان قيل سلمنا انها سواء في الاحكام لكن يكونان متعارضين فيصير كالتقوم الحجة فالجواب بان عمل الدليلين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فيحمل قوله وانه لفي زبر الاولين على حالة الصلاة لانها حالة المناجاة والاشتغال بنظم خاص يذهب بالرقة ويحمل قوله انا انزلناه قرانا عربيا على غير حالة الصلاة وقد قررنا في التقرير ابسط من هذا. وقوله ولهذا اي ولكون القراة لم يكن في الزبر بهذا النظم جازت القراة بالفارسية عند العجز ولا شك ان العجز لا يجعل غير القران قرانا. وقوله الا انه يصير مسيا استثناء من قوله اجزاه عند ابي حنيفة الله لمخالفته السنة المتوارثة وهي القراة بالعربية. وقوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي سعيد البردعي فانه قال انما جوز ابو حنيفة القراة بالفارسية دون غيرها من الالسنة لقرب الفارسية من العربية قال الكرخي والصحيح النقل الى اي لغة كانت. وقوله لما تلونا يعني من قوله وانه لفي زبر الاولين فانه كما لم يكن فيها بلغة العربية كذلك لم يكن فيها بالفارسية ولان الاعتماد على المعنى عند النقل والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات. وقوله والخلاف في الاعتداد اي في انه اذا قرا بالفارسية هل يكون محسوبا عن فرض القراة اولا ولا خلاف انه في عدم الفساد. وقوله ويروى رجوعه روى ابو بكر الرازي ان ابا حنيفة رجع الى قولهما وعليه الاعتماد لتنزله منزلة الاجماع والخطبة والتشهد على هذا الخلاف اي يجوز قراتهما بالفارسية عند ابي حنيفة خلافا لهما. وقوله وفي الاذان يعتبر التعارف قيل جواب عما يقال قراة القران في الصلاة لكونها ركنا اعظم خطرا من الاذان لكونه سنة والاذان لا يجوز بغير العربي فكيف جازت قراة القران ووجهه لا نسلم عدم جواز الاذان مطلقا بل يعتبر فيه التعارف فان الحسن روى عن ابي حنيفة انه لو اذن بالفارسية والناس يعلمون انه اذان جاز وان كانوا لا يعلمون لا يجوز لعدم حصول المقصود وهو الاعلام وكذا ذكر في الاسرار. وقوله وان افتتح الصلاة باللهم اغفر لي بيان ان الشروع بغير اللفظ المنقول انما يصح اذا كان ثناء خالصا واما اذا كان مشوبا بحاجة فلا يجوز بالاتفاق وفي قوله اللهم اغفر لي لا يكون شارعا لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد اختلف فيه قيل يجزيه لان معناه يا الله فيحصل ذكرا وهو قول اهل البصرة وقيل لا يجزيه لان معناه يا الله امنا بخير اي اقصد بالخير وهو قول اهل الكوفة فلم يكن تعظيما خالصا والاول اصح بدليل قوله تعالى واذ قالوا اللهم ان كان هذا هو الحق من عندك ولو كان معناه اقصد بالخير فسد المعنى. قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى الاعتماد الاخذ وتفسير الاعتماد الوضع وبسطه انه البنى على ظهر كفه اليسرى. وقوله ويعتمد الى اخره يشير الى الاعتماد

وهو

وهو الموضع كما ذكرنا وفيه خلاف مالك فانه يقول بالارسال وروي عنه انه يخير الارسال وغيره والاعتماد رخصة والى موضع الموضع وهو تحت السرة وعند الشافعي الافضل ان يضع يديه على الصدر لقوله تعالى فصل لربك وانحر فان اهل التفسير قالوا المراد به وضع اليمين على الشمال على الصدر. ولنا ما روى انس رضي الله عنه ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر والمراد بقوله تعالى وانحر الاضحية بعد صلاة العيد ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وابعد من التشبه باهل الكتاب وهو اي التعظيم هو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله يرسل فاذا اخذ في القراة اعتمد والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون معتمد فيه وما لا فلا. وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الفضلي واصحابه قال الفضلي ان السنة في صلاة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود هو الارسال وقال اصحابه السنة في هذه المواضع الاعتماد والصحيح ما قاله شمس الايمة الحلواني وهو الذي اشار اليه في الكتاب ان كل قيام فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الاعتماد فيرسل في القومة عن الركوع وبين تكبيرات الاعياد وبه كان يفتي شمس الايمة السرخسي وبرهان الايمة والصدر الشهيد وذكر في فتاوي قاضي خان ولما فرغ من التكبير يضع يده اليمنى على اليسرى وتحت السرة وكذا في تكبيرات العيد وتكبيرات الجنازة والقنوت ويرسل في القومة. وقوله ثم يقول المصلي سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ومعناه سبحتك يا الله بجميع الائك وبحمدك سبحتك عند وتعاظم اسمك عن صفات المخلوقين وتعالى عظمتك ولم يزد ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف اولا عنه انه يضم اليه. وقوله تعالى وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما انا من المشركين ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين قال شيخ الاسلام ولو قال وانا اول المسلمين اختلف المشايخ فيه منهم من يقول تفسد صلاته ومنهم من يقول لا تفسد لانه يحمل على احد الامرين قراة القران لا الاخبار عن نفسه. وقوله يضم اشارة الى انه ان شا قدمه على الثناء وان شا اخر عنه لان الفرض حاصل عليهما وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان البداءة بالتسبيح لقوله وسبح بحمد ربك حين تقوم ووجه قوله ما روى عن علي رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك فاذا ورد الاخبار بهما جمع بينهما عملا بالاخبار ووجه قولهما ما روى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة كبر وقرا سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره ولا يزيد على هذا فيحتاج الى تاويل ما رواه وهو انه محمول على التهجد فان الامر فيه واسع فاما في الفرايض فلا يزيد ما اشتهر فيه الاثر ولهذا لا يوتى بقوله وجل ثناؤك في الفرايض لانه لم يذكر في المشاهير. وقوله والاولى ان لا ياتي بالتوجه اي بقوله وجهت وجهي قبل التكبير ليتصل النية به اي بالتكبير. وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المتاخرين انه يقولها قبل التكبير منهم الفقيه ابو الليث لانه ابلغ في العزيمة وليكون عملا بما روي في الاخبار ووجه الصحيح انه يؤدي الى تطويل مكثه في المحراب قائما مستقبل القبلة ولا يصلي وهو مذموم شرعا فانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال مالي اراكم سامدين. وقوله ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم خلافا لمالك رحمه الله فانه لا يرى بذلك لما روي عن انس رضي الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وكانوا يفتتحون القراة بالحمد لله رب العالمين ولنا قوله تعالى فاذا قرات القران فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم وظاهره يقتضي ان يكون فرضا كما قال به عطا الا ان السلف اجمعوا على انه سنة وانما قال معناه اذا اردت قراة القران نفيا لقول بعض اصحاب الظاهر انه يتعوذ بعد القراة عملا بحرف الفاء فانه ليس بصحيح لما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه انه صلى خلف النبي صلى الله عليه وسلم فكان يتعوذ قبل القراة. وقيل الفا ههنا للحال كما يقال

اذا دخلت على الامير فاستامن اي اذا اردت الدخول وليس بواضح. وقوله والاولى ان يتلفظ بتعوذ به فان فيه
للقراء اختلافا واختار الفقيه ابو جعفر الهندواني ان يقول استعيذ بالله ليوافق القران اي الدليل الدال
على التعوذ من القران وهو قوله تعالى فاستعذ فانه القران اي الدليل الدال امر من الاستعاذة ويقرب منه اعوذ
لاشتراكهما في الحروف الاصول او كانه احترز عن قول من يقول اعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان الرجيم
وهو رواية حفص من طريق هبيرة لان قوله هو السميع العليم ثناء وبعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء ثم التعوذ
تبع للقران دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا من قوله تعالى فاذا قرات القران فيأتي به المسبوق دون
المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد وعند ابي يوسف هو تبع للثناء لانه شرع بعد الثناء وانه من جنسه لانه دعاء
لا ولي وتبع الشيء ما كان بعده فينبغي ان يأتي المقتدي به. وقوله ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم معطوف
على قوله ويستعيذ. وقوله هكذا نقل في المشاهير احترازا عن قول مالك وما احتج به فانه يقول لا يأتي
المصلي بالتسمية لا سرا ولا جهرا لما روينا من حديث انس. وقوله ويسر بهما اي بالتعوذ والبسملة لقول
ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وانه ذكر منها التعوذ والتسمية وامين وقال الشافعي يجهر بالتسمية
عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلاته بالتسمية رواه ابو هريرة رضي الله عنه
قلنا هو محمول على التعليم كما شرع الجهر بالتكبير للاعلام كما روي عن عمر رضي الله عنه انه جهر بالثناء بعد التكبير
للتعليم لا انس رضي الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر وعثمان فلم اسمع احدا
منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم فاذا تعارضت الاخبار وجب التاويل وهو كما قلنا من الحمل على التعليم وقيل
كان الجهر في الابتداء فنسخ بقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية فانهم كانوا يجهرون بالثناء والقراءة
ايضا حتى نزل قوله ولا تجهر بصلاتك. فان قيل خبر الاخفاء بالتسمية مما تعم به البلوى لحديث مس الذكر
فان الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة ثلث في كل يوم وليلة فلو كان هذا الخبر ثابتا في الصدر الاول لاشتهر ولو
اشتهر لما بقي الاختلاف في الصدر الاول ولما بقي الاختلاف في الصدر الاول عرفنا مع عموم البلوى دل على
زيافته كما في خبر الزكاة في مال الصبي اجيب بان الاحاديث التي تدل على ثبوت الجهر توجب الاختلاف فيما
ذكرنا وبلفظ والتاويل يرفع الاختلاف فلم يكن حينئذ في الصدر الاول اختلاف وفيه نظر لان رفع البناء وبل اللا
للاختلاف السابق ممنوع والصواب ان يقال هذا الاعتراض ساقط بالمعارضة فان لنا ان نقول خبر الجهر بالتسمية
مما تعم به البلوى الى اخره. وقوله بسم بينهما البارزة وقع سهوا لانه يقال الحديث بلا باء قال الله تعالى
سواء منكم من اسر القول ثم عن ابي حنيفة انه لا ياتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وهو رواية الحسن عنه لانها ليست
باول اية من اول الفاتحة وانما تقرأ لافتتاح الصلاة والصلاة الواحدة كالفعل الواحد ولهذا ابو تراب افسادا لوقع
في اولها الى اخرها يكتفى بها مرة واحدة وعنه اي عن ابي حنيفة وهو رواية ابي يوسف انه ياتي بها احتياطا لان العلماء
اختلفوا في التسمية انها من الفاتحة ام لا وعليه قراءة الفاتحة في كل ركعة فكان عليه قرائتها في كل ركعة ليكون ابعد عن الاختلاف
المصنف وهو قولهما ولا ياتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد فانه ياتي بها في صلاة المخافتة
لانه اقرب الى متابعة المصحف ولا ياتي بها فيما يجهر لئلا يختلف نظم القراءة. قال ثم يقرأ فاتحة
الكتاب وسورة اختلف العلماء رحمهم الله فيما الركن من القراءة فذهب علماؤنا رحمة الله عليهم الى ركنية
قراءة اية والشافعي الى ركنية الفاتحة ومالك الى ركنية الفاتحة وضم سورة معها له قوله صلى الله عليه وسلم
لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها ووجه الاستدلال به ظاهر والجواب ان الركن لا يثبت الا بدليل قطعي
وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به فقلنا به وللشافعي قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب
وهو كالاول ولنا قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران ووجه الاستدلال به ان قوله من القران ينطلق على ما يسمى
قرانا فيكون ادنى ما ينطلق عليه اسم القران فرضا لكونه مامورا به فان قراءته خارج الصلاة ليست بفرض

فتعين

فتعين ان يكون في الصلاة وفي الاية لا درس لا ... جوابا ذكرناه في التقرير. وقوله والزيادة بخبر
الواحد جواب لمالك والشافعي كما ذكرناه. فان قيل لا نسلم انه خبر واحد بل هو مشهور تلقته الامة بالقبول
فتجوز الزيادة به اجيب بالمنع لان المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول وقد اختلفوا في هذه المسألة
وبانه مؤول لاحتمال كونه مذكورا لنفي الجواز او لنفي الفضيلة او كما في قوله لا صلاة لجار المسجد الا في
المسجد فكان ظني الدلالة فلا يجوز به الزيادة واذا قال الامام ولا الضالين قال اي الامام امين وانما
قال ذلك نفيا للشبهة القسمة التي يقتضيها ظاهر الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال
الامام ولا الضالين فقولوا امين كما هو مذهب مالك لانه عليه السلام قال في اخره فان الامام يقولها
اي كلمة امين ويخفونها اي الامام والمقتدون لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه يريد به
ما تقدم من قوله يقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وامين ولانه دعاء
فيكون مبناه على الاخفاء كما في خارج الصلاة قال الله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية قيل من مذهب
ابي حنيفة ان الامام لا يقولها اصلا لانه داع والداعي لا يؤمن فكيف يستقيم القول باخفائها واجيب
بان ابا حنيفة عرف ان يعض لانه لا يا... ون يقوله لحرمة قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما كما في باب
المزارعة فمفرع الجواب على قولهما على ما في باب المزارعة على ما يجيء والجواب ان ذلك غير ظاهر الرواية
واما على ظاهر الرواية فما ذكره في الكتاب بانه يقولها ويخفيها وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود رضي الله
عنهم قال ابن مسعود لم يزل الناس الجهر بالتامين وما تركوا الا لعلمهم بالنسخ والجواب عن قوله الداعي لا يؤمن
انه ممنوع فان التامين دعاء باجابة الدعاء الاول ولا فرق في ذلك بين ان يكون من الداعي او غيره وما
استدل به الشافعي على سنية الجهر بالتامين في الجهرية من قوله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام
فامنوا فانه علق تامين القوم بتامينه وهو يدل على كون تامينه وهو يدل على كون تامينه مسموعا
ليس بقوي لان تامينه يعرف اذا فرغ من قوله ولا الضالين فلا يلزم ان يكون تامينه مسموعا والتصرف فيه
وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش قال في التجنيس يفسد به صلاته وقيل عندهما لا يفسد لانه يوجد
في القران في قوله تعالى ولا امين البيت الحرام. قوله ثم يكبر ويركع المصلي بعدما فرغ من
قراءته يكبر ويركع وهذه رواية القدوري وهذا يقتضي ان يكون التكبير [illegible] وقيل [illegible]
مشايخنا [illegible] المصنف في هذا الكتاب ان يصرح بلفظ الجامع الصغير اذا وقع [illegible]
روايته ورواية القدوري وقد ذكر قوله في الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط فانه يقتضي
مقارنة التكبير للركوع لان مع للمقارنة [illegible] قال [illegible] قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يكبر عند كل خفض ورفع [illegible] والمراد بالخفض والرفع [illegible]
[illegible] هذا الحديث يدل على انما
[illegible] من تسبيح الامام وتحميد المقتدي [illegible] النبي صلى الله عليه
وسلم لان هذه الحكاية [illegible] صلى الله عليه وسلم من الراوي [illegible] قوله صلى الله عليه وسلم ان
هذه الحكاية فعله صلى الله عليه وسلم [illegible] الراوي فان قيل [illegible]
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible]
[illegible] عنهم [illegible]
[illegible]
[illegible]

شا كما في كبرياء الله تعالى فهو كفر اذا تعمّد به وهو لحن من حيث اللغة اي عدول عن منهج الصواب في اللغة لان افعل التفضيل لا يجمل المذلعة فان قيل لا يكون شارعا في الصلاة عند بعض مشايخنا وهو قول الفقيه ابو جعفر وتفصيل الكلام في ذلك ان الله اكبر مركب من لفظين ولكل منهما اول واخر فمد الاول من الاول يجعله كفرا لشكه في كبريائه وعن محمد يفسد الصلاة وفيه نظر لان الهمزة يجوز ان يكون للتقرير فيكون هناك لا كفر ولا فساد ومد الاخر منه لا يضر لانه اشباع والحذف اولى ومد الاول من الاخر عمدا كمد الاول من الاول ومد الاخر منه اختلف فيه قال بعضهم تفسد الصلاة وقال بعضهم لا تفسد ويجزم الراء من التكبير لما روي عن ابراهيم النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم. **وقوله** ويعتمد بيديه على ركبتيه ظاهر. **وقوله** الا في حالة السجود يعني انه يضم فيها النقع رؤوس الاصابع مواجهة للقبلة. **وقوله** فيما وراء ذلك اي فيما وراء الركوع والسجود وهو حالة الافتتاح والتشهد يترك على العادة اي لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفرج. **وقوله** لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا ركع بسط ظهره روت عائشة رضي الله عنها انه كان يعتدل حتى انه لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر. **وقوله** ولا يرفع راسه ولا ينكسه معناه يسوي راسه بعجزه لانه مامور بالاعتدال وذلك بتساويهما. **وقوله** لا يصوب راسه اي لا يخفضه ولا يقنعه اي يرفعه وانما فسر قول محمد رحمه الله وذلك ادناه بقوله ادنى كمال الجمع تبين لفظ المبسوطين فان شمس الائمة قال في مبسوطه لم يرد بهذا اللفظ ادنى الجواز انما المراد به ادنى الكمال فان الركوع والسجود يجوز بدون ذلك الا على قول ابي مطيع تلميذ ابي حنيفة وشيخ الاسلام قال في مبسوطه يريد به ادنى من حيث جمع العدد فان اقل جمع العدد ثلاثة والمصنف جمع بينهما فقال الادنى كمال الجمع. فان قيل المشهور في مثله ادنى ادنى الجمع ثلاثة فما معنى كمال الجمع فالجواب ان ادنى الجمع لغة يتصور في الاثنين لان فيه جمع واحد الى واحد واما كماله فهو الذي يكون ثلاثة لان فيه اي معنى الجمع لغة واصطلاحا وشرعا. فان قيل كمال الجمع ليس بمذكور ولا في حكمه فمرجع الضمير الى غير مذكور اجيب بانه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث فان زاد على الثلث فهو افضل لكن على وجه لا يمل القوم ان كان اماما لانه لا يصير سببا للتنفير المكروه وان نقص جاز ويكره فيما روي عن محمد وقال ابو مطيع فسدت صلاته لانه ركن مشروع فوجب ان يكون محله ذكر مفروض كما في القيام والجواب انه يلزم الزيادة على قوله تعالى اركعوا واسجدوا وانه لا يجوز ثم يرفع راسه ويقول سمع الله لمن حمده اي قبل الله حمد من حمد فان السماع يستعمل للقبول يقال سمع الامير كلام فلان اذا قبل وانما في حمده قيل للسكتة وهو المنقول عن الثقات وقيل هو كناية ويقول المؤتم ربنا لك الحمد وهو اظهر الروايات وروي ربنا ولك الحمد وروي اللهم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين وكان كالب بيان احوال الامامة. **وقوله** ولانه اي الامام حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد ووجه الاستدلال ما قال هذه قسمة والقسمة تنافي الشركة. فان قيل هذا الحديث يعارضه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وعد منها التحميد اجيب بانه قال في الاسرار بانه غريب اورده الرجال حديث القسمة لانه مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم برواية ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفيه نظر لانه ان كان غريبا او مرجوحا لم يكن حجة وقد تمسكنا به في اخفاء التامين فيما تقدم. **وقوله** ولهذا اي لان القسمة تنافي الشركة لا ياتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولانه يقع تحميده اي تحميد الامام بعد تحميد المقتدي لان المقتدي ياتي بالتحميد وهو خلاف موضوع الامامة. **وقوله** والذي رواه يعني ابا هريرة انه عليه السلام كان يجمع بين الذكرين فهو محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بين الذكرين

في الاخ

في الاخ. **وقوله** في الاصح احتراز عن القولين الاخرين المذكورين فان احدهما الاكتفاء بالتسميع والاخر الاكتفاء بالتحميد وجه الاكتفاء بالتسميع وهو رواية النوادر ان الامام ياتي بالتسميع والمنفرد امام في نفسه لان عليه القراءة كما على الامام ووجه الاكتفاء بالتحميد وهو المذكور في الجامع الصغير ان الجمع بين الذكرين يفضي الى وقوع الثاني في حالة الاعتدال ولم يشرع لانتقال الاعتدال ذكر مسنون كما في القعدة بين السجدتين قال يعقوب سالت ابا حنيفة رحمه الله عن الرجل يرفع راسه من الركوع في الفريضة يقول اللهم اغفر لي قال يقول ربنا لك الحمد ويسكت وكذلك بين السجدتين يسكت ووجه الاصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ما قال فخر الاسلام ان الحديث صح انه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما وحملناه على حالة الانفراد ولان المنفرد ياتي بالتسميع لما ذكرنا انه امام في حق نفسه وهو حث على الحمد وحيث لا يجب يجب عليه ان يجيب. **وقوله** والامام بالدلالة عليه اب جواب عن قولهما ولانه حرض غيره الى اخره ومعناه ان الدال على الخير كفاعله. **قال** ثم اذا استوى قائما كبر وسجد. اذا استوى المصلي من ركوعه كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا يعني ما ذكر قبل هذا من قوله صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وبما ذكر في اول الباب من قوله اركعوا واسجدوا واعلم ان تعديل الاركان وهو الاستواء قائما بعد الركوع ويسمى قومة والجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود اي القرار فيهما الكبير يفرض عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يفترض ذلك ومقداره الطمانينة بمقدار تسبيحة وهو قول الشافعي رحمه الله وفائدة الخلاف تظهر في جواز الصلاة بدونه فعندهما يجوز وعند ابي يوسف لا يجوز ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى في نوادره استدل ابو يوسف رحمه الله بحديث الاعرابي وهو قوله صلى الله عليه وسلم حين راه نقر نقر الديك قم فصل فانك لم تصل نفي كونه صلاة بترك التعديل فكان ركنا لان انتفاء غيره لا ينفيها ولهما قوله تعالى اركعوا واسجدوا فان الركوع هو الانحناء يقال ركعت النخلة اذا مالت والسجود هو الانخفاض وذلك يحصل بدون الطمانينة فيتعلق الركنية بالادنى فيهما ولا يجوز الزيادة بخبر الواحد بطريق الفرضية لانه نسخ وموضعه اصول الفقه هذا اما يتعلق بالركوع والسجود واما القومة والجلسة بين السجدتين فقد اشار اليهما بقوله وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود بل المقصود هو اداء الركن. **وقوله** في اخر ما روي جواب عن حديث الاعرابي وتقريره ان النبي صلى الله عليه وسلم سمى ما اصلحه الاعرابي صلاة حيث قال وما انتقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلاتك فلو كان ترك التعديل مفسدا لما سماه صلاة كما لو ترك الركوع والسجود ولانه لو كان فاسدا كان الاشتغال به عبثا وكان تركه صلى الله عليه وسلم الى الفراغ منه حراما فكان الحديث مشترك الالزام من الوجهين ثم اذا لم يكن التعديل عندهما فرضا فهل هو واجب او سنة فاما الطمانينة في الانتقال وهي القومة والجلسة فهي سنة عندهما واما الطمانينة في الركوع والسجود ففي تخريج الجرجاني سنة وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدة السهو بتركها عنده ووجه الجرجاني ان هذه طمانينة مشروعة لاكمال ركن مقصود بنفسه وكل ما كان كذلك فهو واجب كالقراءة بخلاف الانتقال فانه ليس بمقصود كما تقدم ثم قيل في كيفية السجود والقيام منه ان يضع اولا ما كان اقرب الى الارض عند السجود وان يرفع اولا ما كان اقرب الى السماء فيضع اولا ركبتيه ثم يديه ثم وجهه وقال بعضهم يضع انفه ثم جبهته ويرفع اولا وجهه ثم يديه ثم ركبتيه. وقوله ويعتمد بيديه على الارض ظاهر ومعنى ادعم على راحتيه اي اتكا وهو افتعال من دعمت الشيء اي جعلت له دعامة. **وقوله** وسجد على انفه وجبهته تقديم الانف على جبهته باعتبار ان الانف اقرب الى الارض فيضعه اولا لما مر. **وقوله** فان اقتصر على احدهما يعني ان الذي اقتصر عليه ان كان الجبهة

جاز باتفاق علمائنا خلافاً للشافعي وان كان الانف جاز عند ابي حنيفة ويكره ولم يجز عندهما الا من عذر
وهو رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها
الجبهة اي على اليدين والركبتين والقدمين قيل كيف يستقيم الاستدلال لهذا الحديث وانه لو ترك وضع
اليدين والركبتين جازت سجدته بالاجماع وهذه الاربعة من تلك السبعة واجيب بان هذا الاستدلال
بهذا الحديث انما هو على ان محل السجود هذه الاعضاء المذكورة فلا يكون غيرها محلاً للسجود ولابي حنيفة رحمه الله ان
السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لان وضع جميعه غير ممكن لان الانف والجبهة عظمان باتان يمنعان وضع جميع
الوجه وهذا ظاهر واذا تعذر وضع الكل كان المامور وضع البعض الا ان الخد والذقن خرجا بالاجماع اذ التعظيم
لم يشرع بوضعهما فبقي الانف والجبهة تصلح محلاً للسجود وكذلك الانف وهذا لان الانف لا يخلو اما ان يكون
محلاً للفرض او لا لا سبيل الى الثاني لان الفرض ينتقل اليه بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلاً للفرض لما انتقل كالخد
بل انتقل الفرض الى الايماء كما لو كان بهما عذر فتعين الاول ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة والمذكور فيما روي من
الخبر هو الوجه في المشهور فيكون الانف والجبهة داخلين على السواء ولو اكتفى بالجبهة جاز فكذا لو اكتفى بالانف ووضع
اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونه واما لان الساجد اسم لمن وضع على الارض وقد روي انه صلى
الله عليه وسلم قال مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف فالتمثيل يدل على نفي الكمال
دون الجواز. وقوله عندنا احتراز عن قول زفر وهو قول الشافعي ومختار الفقيه ابي الليث انه واجب لقوله
صلى الله عليه وسلم امرت ان اسجد على سبعة اعضاء والجواب ما تقدم ان هذا الحديث يدل على محل السجود لا على
ان وضع الجميع لازم واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري رحمه الله انه فرض في السجود فاذا سجد ورفع
اصابع رجليه عن الارض لا يجوز كذا ذكره الكرخي قال ولو وضع احديهما جاز قال قاضي خان ويكره
وذكر الامام التمرتاشي ان اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الاسلام في
مبسوطه وهو الحق. وقوله وان سجد على كور عمامته ظاهر دورها وكل دور كور والصحيح بالسكون لا غير
العضد ... في بطنه اي باعد والبهمة ولد الشاة يجافي السخلة فان اول ما تضعه سخلة ثم تصير بهمة
وقوله واذا سجد احدكم بالواو معطوف على اذا ركع احدكم لانهما في حديث واحد. وقوله ثم يرفع
رأسه ويكبر الرفع فرض حتى لا انتقال الى السجدة الثانية فرض فلا بد من رفع الرأس ليتحقق الانتقال اليها والتكبير سنة. وقوله
لما روينا اشارة الى قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع. وقوله وتكلموا اي
المشايخ في مقدار الرفع فقال بعضهم اذا زال جبهته عن الارض جاز ذلك عن السجدتين وقال الحسن بن زياد
اذا رفع رأسه بقدر ما يجري فيه الريح جاز وهو قريب من الاول وقال محمد بن سلمة لا يكون عنهما ما لم يرفع جبهته
مقدار ما يقع عند الناظر انه رفع رأسه للسجدة الاخرى فان فعل ذلك جاز عن السجدتين والا يكون عن سجدة واحدة
وفي القدوري انه يكتفي بادنى ما ينطلق عليه اسم الرفع بان يرفع جبهته كان مؤديا لهذا الركن قال المصنف
رحمه الله وهو الاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجداً وان كان الى الجلوس اقرب لانه يعد
جالساً فيتحقق السجدة الثانية يعني بعد ذلك المقدار من الرفع وهو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله ذكره في
شرح الطحاوي وتكلم مشايخنا في كون الركوع في كل ركعة مرة والسجود مرتين فذهب اكثرهم الى انه تعبدي واتباع
للشرع من غير ان يعقل معنى وقد نجد في الشرع مما لا يعقل له معنى تحقيقاً للابتلاء ومنهم من ذكر لذلك
حكمة فقال انما كان السجود مثنى ترغيماً للشيطان فانه امر بسجدة فلم يفعل ونحن نسجد مرتين ترغيماً له واليه اشار
صلى الله عليه وسلم في سجود السهو فقال هو ترغيم للشيطان وقيل السجدة الاولى تشير الى انه خلق من
الارض وفي الثانية يشير الى انه يعاد اليها قال الله تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم ومنها نخرجكم تارة اخرى
وقوله وقد ذكرناه قبل اراد به قوله كان يكبر عند كل خفض ورفع والمناسب لذلك ان يقول

ما روينا

ما رويناه ولعله اشار الى قوله لما روينا. وقوله ولا يقعد اي لا يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض ولا يعتمد بيديه
على الارض بل على ركبتيه وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمداً على الارض لما روي في حديث
مالك ابن الحويرث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع رأسه من السجود قعد ثم نهض ولنا حديث ابي هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه وما رواه محمول على فعله صلى الله عليه وسلم
على حالة الكبر يعني فعل ذلك حين ما كبر واسن على ما روي انه صلى الله عليه وسلم كان يقول لا تبادروني
بالركوع والسجود فاني قد بدنت وما رويناه محمول على حالة القدرة فيوفق بين الاخبار من هذا الوجه
او نترك الاخبار كلها للتعارض ونعمل بالقياس وهو قوله في الكتاب ولان هذه القعدة استراحة لانه لا يأتي لها
للفصل لان الفصل بالقعدة انما شرع اما بين السجدتين او بين الشفعين ولا حاجة الى واحد منهما والصلاة ما
وضعت لها قال ويفعل في الثانية ما يفعل في الركعة الاولى يفعل في الركعة الثانية مثل ما
فعل في الركعة الاولى لانه اي الركعة الثانية وذكر الضمير باعتبار الخبر تكرار الاركان والتكرار يقتضي اعادة
الاول الا انه لا يستفتح قيل ان لا يقول سبحانك اللهم الى اخره وسمي هذا دعاء الاستفتاح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا
الا مرة لان رواة صلاة النبي صلى الله عليه وسلم ما رووا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى
وقال الشافعي رحمه الله يرفعهما عند الركوع وعند رفع الرأس منه لما روي في حديث ابن عمر وغيره ان النبي صلى الله
عليه وسلم فعل كذلك ولنا ما روى الطحاوي باسناده الى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا ترفعوا الايدي الا في سبع مواطن في افتتاح الصلاة وفي التكبير للقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام
الحجر وعلى الصفا والمروة وبجمع عرفات وعند المقامين عند الجمرتين اراد بهما الاولى والوسطى دون العقبة
والمتنازع فيه ليس من ذلك وما رواه محمول على الابتداء اي انه كان ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه
روي انه رأى رجلاً يصلي في المسجد الحرام يرفع يديه في الصلاة عند الركوع وعند رفع الرأس فلما فرغ من صلاته
قال له لا تفعل فان هذا شيء فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وفي المسألة حكاية روي ان الاوزاعي لقي ابا حنيفة رحمه
الله في المسجد الحرام فقال ما بال اهل العراق لا يرفعون ايديهم عند الركوع وعند رفع الرأس منه وقد حدثني الزهري
عن سالم عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عندهما فقال ابو حنيفة حدثني حماد عن ابراهيم
عن علقمة عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا
يعود فقال الاوزاعي عجباً من ابي حنيفة احدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابراهيم
فرجح حديثه كان افقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لقلت بان علقمة افقه منه واما عبد الله فعبد الله فرجح حديثه
بفقه الرواة وهو المذهب فان الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الاسناد والكلام في هذا الموضع كثير وهذا المختصر
لا يحتمله على ان المعتمد على الرواة ورواة اخبارنا البدريون من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين
كانوا يلون النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة ورواية ابن عمر ووائل بن حجر كانوا يقومون بعيداً منه صلى الله
عليه وسلم والاخذ بقول الاقرب اولى وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان العشرة الذين شهد
لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة لم يكونوا يرفعون ايديهم الا لافتتاح الصلاة. وقوله واذا رفع رأسه
من السجدة الثانية ظاهر. وقوله وبسط اصابعه وتشهد وهل يشير بالمسبحة اذا انتهى الى الشهادة
او لا لم يذكره ثم المشايخ من يقول بانه لا يشير لان في الاشارة زيادة رفع لا يحتاج اليها فالترك اولى
لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار ومنهم من يقول يشير بها وقد نص محمد بن الحسن على هذا في
كتاب المشيخة حدثنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يفعل ذلك اي يشير ثم قال نصنع بصنيع رسول الله
صلى الله عليه وسلم وناخذ بفعله وهذا قول ابي حنيفة وقولنا ثم كيف يشير قال يقبض اصبعيه
الخنصر والتي تليها ويحلق الوسطى مع الابهام ويشير بسبابته وكلام المصنف وهو قوله ولان فيه نوعه

توجيه أصابع يديه القبلة يشير إلى أنه لا يحلق شيئا من الأصابع قال والتشهد التحيات
لله اعلم أن لعمر رضي الله عنه تشهدا ولجابر تشهدا ولعلي رضي الله عنه تشهدا ولغيرهم أيضا تشهدا وعلماؤنا أخذوا
بتشهد ابن مسعود والشافعي بتشهد ابن عباس وهو ما ذكره في الكتاب التحيات المباركات الصلوات الطيبات
لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن
محمدا رسول الله قال والأخذ بما رواه ابن عباس أولى لوجوه أربعة أحدها أن فيه زيادة كلمة وهي المباركات والثاني
أنه موافق للقرآن على ما قال الله تعالى تحية من عند الله مباركة طيبة والثالث أنه ذكر السلام بغير الألف واللام وأكثر
تسليمات القرآن مذكور بغير ألف ولام قال الله تعالى سلام عليكم طبتم سلاما قال سلام وسلام عليه يوم ولد وأولى
الكلام ما وافق القرآن والرابع أنه متأخر عن خبر ابن مسعود لأن ابن عباس كان صغير السن فكان ينقل ما تأخر من
الشرع وأصحابنا رحمهم الله قالوا الأخذ بتشهد ابن مسعود وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك
أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده
ورسوله أولى بوجوه ذكر بعضها في الكتاب فإنه قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد
كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله إلى آخره فقوله قل أمر وأقل مرتبة الأمر الاستحباب قوله السلام
عليك بالألف واللام يفيد الاستغراق. قوله والصلوات بالواو يفيد تجدد الكلام كما في القسم
قوله أخذ بيدي وعلمني يفيد زيادة تأكيد وتوثق فذلك أربعة وقد ذكر وجوه أخرى منها أن قوله التحيات
عام يتناول قربة الصلاة وغيرها فإذا قال الصلوات لغير واو صار تخصيصا وبيانا أنه أراد به الصلوات لا
غيرها وإذا ذكر بالواو يبقى الأول عاما فيكون أبلغ في الثناء فكان أولى ومنها تقديم اسم الله تعالى فإنه إذا
قدم علم الحمد وخبر في ابتداء الكلام ومتى أخر كان محتملا وإزالة الاحتمال أول الكلام أولى ومنها أنه علق
به تمام الصلاة فدل على أن التمام لا يوجد بدونه ومنها أن تشهد ابن مسعود أحسنها إسنادا هكذا قاله
أئمة الحديث ومنها أن عامة الصحابة أخذوا بتشهده فإنه روي أن أبا بكر رضي الله عنه علم الناس على منبر رسول الله
صلى الله عليه وسلم التشهد مثل ما قاله ابن مسعود هكذا روى سلمان الفارسي وابن جابر ومعاوية رضي الله عنهم
ومنها اشتماله على لفظ العبد الذي ينبئ عن كمال الحال قال الله سبحانه وتعالى سبحان الذي أسرى بعبده
ذكره بلفظ العبد في الموضع الذي هو بيان أعلى مراتبه صلى الله عليه وسلم ومنها حسن ضبطه فإن أبا حنيفة قال
أخذ حماد بيدي وقال حماد أخذ إبراهيم بيدي وقال إبراهيم أخذ علقمة بيدي وقال علقمة أخذ ابن
مسعود بيدي وقال ابن مسعود أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد والجواب عن قوله فيه
زيادة كلمة أن الزيادة لو كانت مرجحة كان تشهد جابر أولى لأن فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم وفي خبرنا
زيادة حرف الواو والألف واللام قوله عبده فكان أولى وعن قوله يوافق القرآن أنه ليس بمرجح
لأن قراءة القرآن في القعدة مكروهة فكيف يستحب ما يوافقه وعن قوله أكثر التسليمات بغير ألف
ولام أنه يستلزم الموافقة وقد قلنا إنها مكروهة على أن السلام بالألف واللام أيضا قال الله تعالى
والسلام علي يوم ولدت والسلام على من اتبع الهدى وعن قوله إن خبر ابن عباس متأخر أنه غير
ليس كذلك روى الكرخي في حديث ابن مسعود قال كنا نقول في أول الإسلام التحيات الطاهرات المباركات
الزاكيات فدل على أن خبره متأخر عما رواه ابن عباس قوله لأن ابن عباس يروي آخر الشيئين ليس بمرجح
لأن الحذر المرجح رواية أصاغر الصحابة على أكابرهم ولأن ابن مسعود إن تقدمت هجرته فقد دامت صحبته
إلى أن قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل في تفسير التحيات التحيات أي العبادات القولية لله والصلوات
أي العبادات البدنية لله والطيبات أي العبادات المالية لله قوله السلام عليك حكاية السلام
الذي رده الله على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم ليلة المعراج لما أثنى على الله بثلاثة أشياء رد الله عليه بـ

مقابلتها

مقابلتها لأنه أشياء السلام بمقابلة التحيات والرحمة بمقابلة الصلوات والبركات بمقابلة الطيبات
والبركة هي النماء والزيادة قوله ولا يزيد على هذا أي على مقدار التشهد وقال الشافعي
رحمه الله في الجديد يسن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في القعدة الأولى لحديث أم سلمة
رضي الله عنها في كل ركعتين تشهد وتسليم على المرسلين ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله
التشهد في وسط الصلاة وفي آخرها فإذا كان وسط الصلاة نهض إذا فرغ من التشهد وإذا كان آخر الصلاة
دعا لنفسه بما شاء وما رواه محمول على التطوع فإن كل شفع من التطوع صلاة واحدة أو مراده سلام
التشهد قال ويقرأ في الركعتين الأخريين فاتحة الكتاب وحدها لحديث أبي قتادة رضي الله
عنه وهو ما روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر
في الأوليين بأم الكتاب وسورتين وفي الأخريين بأم الكتاب وهذا بيان الأفضل قوله هو
الصحيح احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة أن القراءة في الأخريين واجبة حتى لو تركها ساهيا
لزمه سجود السهو لأن القيام في الأخريين مقصود فيكره إخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا كما في الركوع
والسجود وجه الصحيح ما ذكره أن القراءة فرض في الركعتين على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى قال
ويجلس في الأخرى كما جلس في الأولى قيل إنما قال في الأخرى ليتناول قعدة الفجر وقعدة المسافر وليس بواضح
لأن قوله كما جلس في الأولى ينبو عن ذلك قوله لما روينا من حديث وائل ابن حجر يريد به قوله
يروى ذلك في حديث وائل قوله وعائشة أي حديث عائشة وهو قوله هكذا وصفت عائشة
قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله ولأنها أي الجلسة على تلك الصفة أشق على البدن
من التورك الذي يميل إليه مالك قال مالك المسنون في القعدة أي يقعد متوركا بأن يخرج رجليه من جانب
ويفضي بأليته إلى الأرض في القعدتين جميعا وما كان أشق فهو أفضل والذي يرويه مالك أن النبي صلى
الله عليه وسلم قعد متوركا ضعفه الطحاوي قال هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف
عند نقلة الحديث ولئن صح كان محمولا على الكبر قوله وتشهد معطوف على قوله جلس وهو واجب
عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وإنما فرضان عنده أما التشهد فلحديث ابن مسعود رضي الله عنه
كنا نقول قبل أن يفرض التشهد السلام على الله السلام على جبريل السلام على ميكائيل فقال النبي صلى الله عليه
وسلم قولوا التحيات لله إلى أن قال في آخره إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك أطلق اسم الفرض
على التشهد وقال له قل والأمر للوجوب ولا وجوب خارج الصلاة فكان فيها ولنا على عدم فرضية التشهد
حديث ابن مسعود رضي الله عنه فإنه علق التمام بأحد الأمرين وأجمعنا على أن التمام تعلق بالقعدة فإنه لو
تركها لم يجزه فالإلحاق بالثاني ليتحقق التخيير فإن موجب التخيير بين الشيئين الإتيان بأحدهما وكذلك على
عدم فرضية الصلاة عليه لأنه علق بأحدهما أمر ثالث غيرهما وهو الصلاة فقد خالف النص والجواب
عن سنده لا له بالحديث أن معنى الفرض التقدير أي قبل أن يقدر التشهد والأمر صدر على سبيل التعليم
فلا يفيد الفرضية فإنه لم يفدها في بعض الكلمات لأن عندهم الفرض عندهم خمس كلمات وقد أجبنا
عن قوله علق التمام به آنفا وعن الآية أنه لا وجوب خارج الصلاة فإنها واجبة فيه إما مرة واحدة
كما ذكره الكرخي أو كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الأمر لأن الوجوب
الذي يقتضيه الأمر قد حصل فإنه لا يدل إلا على كونها في الصلاة البتة وهو مختار صاحب التحفة
وقول الكرخي مختار شمس الأئمة وكيفية الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم أن يقول اللهم صل على
محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت
على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد كذا نقل عيسى بن أبان عن محمد بن الحسن أن النبي صلى الله عليه وسلم

وعن علي وابن مسعود وابن عباس وجابر رضي الله عنهم انهم قالوا يا رسول الله عرفنا السلام عليك فكيف الصلاة
عليك فقال عليه السلام قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وبارك على محمد وعلى آل محمد وارحم محمدا وآل محمد كما
صليت وباركت وترحمت على ابراهيم في العالمين انك حميد مجيد وحكي عن محمد بن عبد الله بن عمر انه كان يقول
نحن امرنا بتعظيم الانبيا وتوقيرهم وفي قوله وارحم محمدا نوع ظن بالتقصير واليه ذهب شيخ الاسلام وترك
ذلك وقال شمس الائمة السرخسي انه لا باس به لان الاثر ورد به من طريق ابي هريرة ولا عتب على من تبع الاثر
ولان احدا لا يستغني عن رحمة الله (وقوله) والفرض المروع اشارة الى ما ذكرنا من الجواب عن اسئلة
(قوله) ودعا بما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة هذا معطوف على قوله وصلى على النبي
صلى الله عليه وسلم وما يشبه الفاظ القرآن مثل ان يقول اللهم اغفر لي ولوالدي ومثل قوله اغفر لابي
والادعية المأثورة وهي المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ما روي عن ابي بكر رضي الله عنه
انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله علمني دعاء ادعو به في صلاتي فقال قل اللهم اني ظلمت
نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك انك انت الغفور الرحيم وكان ابن مسعود
رضي الله عنه يدعو بكلمات منهن اللهم اني اسالك من الخير كله ما علمت منه وما لم اعلم واعوذ بك من شر كله
ما علمت منه وما لم اعلم. (وقوله) لما روينا من حديث ابن مسعود يريد به قوله واذا كان آخر الصلاة
لنفسه بما شاء وقوله وقال له النبي صلى الله عليه وسلم يعني حين قال له اذا قلت هذا الى آخره ثم اختر
من الدعاء اطيبه واعجبه اليك بتذكير الضمير هو الموافق لما ورد في السنن وفي بعض نسخ الهداية اعجبها
واطيبها قالوا وليس بشيء ولئن صح بالتانيث فمعنى تاويل الدعوات لحصول الاستغراق في الدعا بدخول اللام وقيل على
تاويل الكلمات.. (وقوله) يكون اقرب الى الاباحة وذلك لانه يستحب الدعا للنبي صلى الله عليه وسلم ولا
الكريم ان يستجيب بعض الدعا ويرد بعضا فيستجيب الجميع ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن فساد الجزء
الملاقي لكلام الناس لا جميع الصلاة فكيف فيما يشبهه وهذا عنده ظاهر وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان
كلام الناس صنع من المصلي فيتم به صلاته فان كان بالدعا الذي يشبه كلام الناس وما لا يشبهه فقال ما لا يستحيل
سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم ولقائل
ان يقول بين هذا التفسير وبين ما تقدم من قوله مما يشبه الفاظ القرآن منافاة لانه لو قال اللهم اغفر
لاخي ينبغي ان لا يجوز نظرا الى الاول وقد نقل عن ابي بكر محمد بن الفضل انه يجوز نظرا الى الثاني ويمكن
ان يجاب عنه بان ذلك ليس اختيار المصنف اذ ليس الدعا المراد انه يكون الفاظ الدعا عين الفاظ القرآن
فلا يمتنع اللهم اغفر لاخي لانه مما يستحيل سؤاله من الناس واختلف في قوله اللهم ارزقني منهم من يقول
لا باس به لان الرزاق هو الله ليس الا ومنهم من يقول تفسد به الصلاة واختاره المصنف وفي بعض النسخ
هو الصحيح لاستعمالها فيما بين الناس يقال رزق الامير الجند (وقوله) ويسلم عن يمينه فيقول السلام
عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك التسليم على هذا الوجه قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر وعلي
وابن مسعود رضي الله عنهم وروى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض
خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر والاخذ بقول كبار الصحابة اولى مما قال بعضهم لكن انه يسلم
تسليمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عايشة وسهل بن سعد الساعدي رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
فعل كذلك لان كبار الصحابة كانوا يرونه صلى الله عليه وسلم وعايشة كانت في صف النسا وسهل كان من جملة
النسا فيحتمل انهما لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روي انه كان صلى الله عليه وسلم الثانية اخفض من الاولى
وينوي بالتسليمة من على يمينه من الرجال والنسا والحفظة وهذا وضع الجامع الصغير وفي الاصل قدم
الحفظة وليس في ذلك دلالة على ان بني آدم افضل من الملايكة ولا عكسه لان الواو لمطلق الجمع وانما ينوي

عند التسليم لانه اقامة سنة فليكن بالنية كما في ساير السنن وهكذا قالوا في التسليم لخارج الصلاة
ينوي السلام وكذا في الثانية فيهما ما نوى في الاولى وقال لان الاعمال بالنيات فان قيل قد ابطلتم
اشتراط النية في الوضو لهذا الحديث فكيف استدللتم به هاهنا فالجواب انا ابطلنا اشتراطها فيه لاستلزام
الزيادة على الكتاب كما تقدم وها هنا ما جعلناها شرطا وانما استدللنا بظاهر لفظه على سنية ما لا يخالفه
كتاب ولا سنة حتى يستلزم الزيادة قال صدر الاسلام هذا شيء تركه الناس لانه قلما ينوي احد شيئا ولا
ولا ينوي النسا في زماننا يعني انما قال محمد من نية النسا كان في زمنهم واما في زماننا فلا ينوي النسا
لان حضورهن الجماعات مهجور وكذا باجماع المتاخرين ولا من لا شركة له في صلاته من الغيب وقوله
هو الصحيح احتراز عما قال الحاكم الشهيد انه ينوي جميع الرجال والنسا من يشاركه ومن لا يشاركه لكون
على وفق سلام التشهد يعني قوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ووجه الصحيح ان سلام التحليل
خطاب والخطاب حظ الحاضرين بخلاف سلام التشهد لانه ظاهر للحضور والغيب الصالحين من عباده
على ما قال صلى الله عليه وسلم اذا قال السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اصاب كل عبد صالح من
اهل السما والارض (قال في ...) ولا بد للمقتدي من نية امامه قيل تخصيص الامام بالذكر يوهم
قول من يقول ينوي لما شاركه في الصلاة دون غيره (وقوله) فان كان الامام في الجانب الايمن
ظاهر (وقوله) هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ان الامام ينوي في التسليمة الاولى لا غير وعما قيل
الامام يجب ان لا ينوي لانه يجهر بالسلام ويشير اليهم وهو فوق النية فلا حاجة الى النية.. (قوله)
ولا ينوي في الملايكة يشير الى ان المراد بالحفظة ليس كرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم انه ينوي به
ذلك وهو اثنان واحد عن يمينه يكتب الحسنات واخر عن يساره يكتب السيات بل المراد بها من معه من الملايكة
ولا يحصر في ذلك عددا معلوما لان الاخبار في عددهم قد اختلفت روى ابن عباس رضي الله عنهما انه
قال مع كل مؤمن خمس من الحفظة واحد عن يمينه يكتب الحسنات واخر عن يساره يكتب السيات واخر امامه يلقنه
الخيرات واخر وراءه يدفع عنه المكاره واخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم يبلغه
الى الرسول صلى الله عليه وسلم وفي بعض الاخبار مع كل مؤمن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون واذا كان
كذلك فينوي بهم ولا يحصر في عدد فاشبه الايمان بالانبيا صلوات الله عليهم يؤمن بكلهم ولا يحصرهم
في عدد لئلا يخرج عنهم من هو منهم ولا يدخل فيهم من ليس منهم. (وقوله) هو تمسك بقوله صلى الله عليه وسلم
تحريمها التكبير وتحليلها التسليم وجه التمسك به ان الالف واللام ليس للعهد لعدم معهود فكان للاستغراق
الجنس فقد جعل جنس التحليل في الصلاة بالسلام فما ثبت لغيره فقد خالف النص ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما علمه التشهد قال له اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك
ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد ووجه التمسك انه صلى الله عليه وسلم حكم بتمام الصلاة
قبل السلام وخيره بين القعود والقيام وهذا ينافي فرضيته امرا آخر ووجوبه الا انا اثبتنا الوجوب بما
رواه احتياطا دون الفرضية لانه خبر واحد ومثله لا يثبت الفرضية

(باب) في صفة الصلاة. لما فرغ من بيان صفة الصلاة وكيفيتها وبيان اركانها وفرايضها
وسننها ذكر احكام القراءة في فصل على حدة لزيادة احكام تعلقت بها دون ساير الاركان وابتدأ
بذكر الجهر والاخفا دون ذكر القدر رواية كان العكس متعينا لان القدر معنى راجع الى الذات
والجهر والاخفا راجع الى الصفة والذات قبل الصفة لان الجهر من صفات الادا الكامل الذي
هو الاصل في شرعية الصلاة او لان المصلي ان كان اماما يجهر في الفجر وفي الركعتين الاوليين
من المغرب والعشا ويخفي في الاخريين هذا هو المأثور المتوارث اي المنقول عن النبي صلى الله عليه

والصحابة والتابعين رضي الله عنهم انه قال في كل صلاة يقرا فما اسمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اسمعناكم وما
اخفا علينا اخفينا عليكم واجماع الامة فان الامة اجمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى
يومنا هذا على الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت وبالمعنى الفقهي فانها من اركان الصلاة فيجب اظهارها في الصلوات
كلها كساير الاركان ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر بالقراة في الصلوات كلها الا ان الكفار
لما لغوا عن القراة وغلطوا في الظهر والعصر ترك الجهر فيهما لهذا العذر والعذر وان زال بكثرة المسلمين
بقيت المخافتة كالرمل في الطواف واما في المغرب والعشا والفجر فالكفار كانوا منفرقين ربما لم يجهر رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالقراة فهذه الصلوات على ما هو الاصل وان كان منفردا فهو مخير ان شا جهر واسمع نفسه
لانه امام في حق نفسه وان شا خافت لانه ليس معه من يسمعه فلم يحاذ موجب الجهر والاخفا بالتخيير
وانما ذكر قوله واسمع نفسه دفعا لما يقال فايدة الجهر الاسماع ولا اسماع ها هنا اذ ليس معه احد يسمعه
ووجهه ان الفايدة لم تنحصر في اسماع الغير بل من فايدته اسماع نفسه فيجهر لذلك وبيانا للحكم وهو ان لا جهر
ها هنا كل الجهر اذ ليس معه احد يسمعه بل يأتي بادنى الجهر فكانه قال ان شا جهر واسمع نفسه ولم يسمع
غيره والجهر افضل ليكون الادا على هيئة الجماعة ويخفي الامام القراة في الظهر والعصر فان كان بعرفة لقوله
صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجما اي ليست فيها قراة مسموعة انما فسره بهذا احترازا عن قول ابن عباس
وتفسيره فانه يقول لا قراة في هذين الصلاتين لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجما اي ليست فيها قراة
والدليل على عدم صحة تفسيره ما روي انه قيل لخباب بن الارت رضي الله عنه بم عرفتم قراة رسول الله صلى الله
عليه وسلم في صلاة الظهر والعصر قال باضطراب لحيته وبما روي عن ابي قتادة رضي الله عنه كان رسول الله عليه وسلم
يسمعنا الاية والايتين في الظهر احيانا وقال مالك رحمه الله يجهر الامام بهما في عرفة لان الصلاة هناك تقام بجمع
عظيم فيجهر فيها كما يجهر في الجمعة والحجة عليه ما روينا واورد عليه بانه ليس بحديث وانما هو من كلام الحسن البصري
رحمه الله ذكره في الفرس والفايق للزمخشري ولئن سلم فهو عام مخصوص خص منه الجمعة والعيد فيجوز تخصيصه
بالقياس على الجمعة واجيب بان اصحابنا رحمهم الله ما اوكلوا به ونقلوا ان ابن عباس رضي الله عنه كان يفسره
بعدم القراة كما تقدم وليبينوا من اهل الاهوا والبدع ولو لا ثبت عندهم اسناده لما فعلوا ذلك عن الثاني بان الجمعة
والعيدين ليست بمخصوصة لان الجمعة فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيها بالقراة فكان تخصيصا لا تخصيصا والنسخ بالقياس لا يجوز وكذلك في الاعياد وبه عرف حكم الجمعة والعيدين والنفل
المستفيض اي الشايع المنتشر ما روى ابو حنيفة في مسنده الى النعمان بن بشير ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرا في الجمعة
سبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك حديث الغاشية وهو يدل على انه كان يجهر حتى يسمع قراته وفي التطوع بالنهار يخافت وفي
الليل يجهر اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا يدل على انه كان يجهر حتى يسمع قراته وفي التطوع بالنهار ان الجهر
افضل لان الفرض في حق المنفرد كذلك وروت عايشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل
الا الافضل والليل في بعض التهجد ومن فاتته العشا الى قوله ومن قراة في العشا في الصواب
ذكرها لا نفا من اجل مسايل الجامع الصغير حيث قال فخر الاسلام في الجامع الصغير في هذه المسئلة
مسئلة هذه الكتب والمصنف رحمه الله اتبع ذكر مسايل الجامع الصغير وان كان وكله
خافت حتما هو الصحيح خلاف لما ذكره شمس الايمة السرخسي وفخر الاسلام وقاضي خان والمرغيناني والمحبوبي
في شرح الجامع الصغير فانهم قالوا الجهر افضل لان القضا يكون على وفق الادا وفي الادا المنفرد
تخير بين الجهر والمخافتة والجهر افضل فكذلك في القضا واما تعليل المصنف رحمه الله فتقريره ان
الجهر اما ان يكون واجبا او مخيرا وسبب الاول الجماعة والفرض ها هنا عدمه وسبب الثاني
الوقت والفرض عدمه فتعين الاخفا ومنع بان السبب ليس بمنحصر في ذلك لا يجوز ان يكون موافقة

الادا القضا

القضا الادا اسببا للجواز ايضا في حق المنفرد ويمكن ان يجاب عنه بان ما ذكره المصنف من سببي الجهر ثابت بالاجماع
وقد انتفى كل منهما فينتفي الحكم واما موافقة القضا الادا فليس على سببيتها اجماع ولا نص بدل عليها فجعلها سببا
يكون اثبات سبب بالراي ابتداء وهو تجويز الى الشركة في وضع الشرع وذلك باطل ولعل هذا حمل المصنف على
الحكم بكونه حتما هو الصحيح فيكون معنى قال هو الصحيح دراية لا رواية فان اكثر الروايات على الجواز
كما ذكرنا انفا ومن قرا في العشا في الاوليين السورة ولم يقرا فاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرا الفاتحة
ولم يزد عليها قرا في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر يعني بهما على الصحيح كما نذكره وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان كل واحد منهما واجب ولهذا لو ترك احدهما ساهيا
وجب عليه سجدة السهو فقضاها في الشفع الثاني او لم يقض والواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل
وهو ليس بموجود لان الدليل هو ان يكون ما له مشروعا فيصرف اليما عليه والسورة في الاخريين غير
مشروعة ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها
في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة اذ التقدير انه قرا السورة ثم يقضي الفاتحة في الشفع الثاني وذلك
وقع في الشفع الثاني بعد الذي وقع في الشفع الاول فتكون الفاتحة بعد السورة وهو خلاف الموضوع
ونوقض بترتيب الفاتحة التي في الشفع الثاني على السورة التي في الركعة الثانية من الشفع الاول فانه يترتب
الفاتحة على السورة وهو مشروع لا محالة واجيب بان ذلك على وجه الدعا وليس الكلام فيه وانما الكلام
في قراة الفاتحة على وجه قراة القران ولقايل ان يقول الفاتحة الواقعة في الشفع الثاني محلها كالواقعة
في الشفع الاول فليقدر انها وقعت قبل السورة حكما لان ذلك محلها فتكون السورة مترتبة على الفاتحة
دون العكس والجواب ان تقديرها كالواقعة في الشفع الاول بضرورة تدارك الفايت ان امكن وليس
يمكن لاستلزامه تغيير المحسوس والضروري ضعيف لا يثبت تغيير المحسوس بخلاف ما اذا ترك السورة
لانه امكن قضاها على الوجه المشروع وهو ترتب السورة على الفاتحة والجواب عن قول ابي يوسف انا لا نسلم ان السورة
في الاخريين مشروعة نفلا ولهذا لو قراهما لا يلزمه سجود السهو وقوله ثم ذكرها هنا اي في
الجامع الصغير ما يدل على الوجوب لانه قال اذا ترك السورة في الاوليين اجب الي ان يقضيها اما وجه
ما ذكر في الجامع الصغير فلما بيناه واما وجه ما ذكره في الاصل فلما قال في الكتاب لانها اي السورة اذا كانت
مؤخرة عن الفاتحة فغير موصوله بالفاتحة الاولى لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية فلم يمكن مراعاة موضوعها
من كل وجه ولم يذكر الشق الاخر وهو ان يكون مقدمة على الفاتحة لبعده لانه يفضي الى غير مشروع
وهو تقديم السورة على الفاتحة وان ذهب اليه بعضهم وقوله ويجهر بهما هو الصحيح عما روي
ابن سماعة عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يجهر بالسورة خاصة لانه في الفاتحة مؤد فيراعي صفة
ادايها وفي السورة قاض فيجهر بها كما كان يجهر في الادا ولا يجهر يكون جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة
تقديرا لان القضا يلحق بمحل الادا وعما روي هشام عن محمد انه لا يجهر اصلا لانه لا يجهر بالفاتحة لما قلنا
فلو جهر بالسورة كان جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة صورة وحقيقة وذلك غير مشروع
ووجه الصحيح ما ذكر ان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع فاما ان يخفيهما كما روي هشام
عن محمد وفي ذلك تغيير صفة الواجب وهو السورة لاجل مراعاة صفة النفل وهو الفاتحة وهو اتباع
الاقوى للادنى واما ان يجهر بهما وفيه تغيير صفة النفل لاجل صفة الواجب فهو اولى قال ثم
المخافتة ان يسمع نفسه اعلم ان اجزا الكلام المستعمله على اللسان على نوعين كلام وقراة لان الغرض منه اما
ان يكون افادة النسبة للمخاطب او لا فان كان الاول فهو الكلام والا فهو القراة وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة
وقد اختلف علماونا رحمهم الله في الحد الفاصل بينهما فذهب الفقيه ابو جعفر الهندواني الى ان المخافته هو ان

يسمع نفسه وما دون ذلك مجمجة وتمتمة وليس بكلام ولا قراءة والجهر هو أن يسمع غيره فهو كما ترى جعل كل واحد منهما
نوعيه من الكيفيات المسموعة وقال لأن مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا يسمى قراءة يعني لغة ولا عرفا
وفيه نظر لأن من رأى المصلي الأطروش من بعيد يحرك شفتيه يخبر عنه أنه يقرأ وإن لم يسمع منه شيء وقال الكرخي
أدنى الجهر أن يسمع نفسه وأدنى المخافتة تصحيح الحروف وقال لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ قال
الأطروش يتكلم ولا يسمع وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة
واعترض عليه بأن الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا يسمى قراءة لعدم الصوت وهو فاسد لأنه لم يجعل تصحيح
الحروف مطلقا قراءة بل تصحيح الحروف باللسان قراءة ألا ترى إلى قوله لأن القراءة فعل اللسان. **قوله** وفي لفظ
الكتاب قيل يعني في مختصر القدوري وهو ما ذكره في أول الفصل بقوله فهو مخير إن شاء جهر وأسمع نفسه وإن
شاء خافت وقيل في المبسوط حيث قال وإن كان وحده وكانت صلاة يجهر فيها بالقراءة قرأ في نفسه إن شاء وإن شاء
جهر وأسمع نفسه وشيخ الإسلام أول هذا الكلام نصرة لأبي جعفر بأنه أراد بقوله وقرأ في نفسه الذي
نفسه لا غيره وبقوله وإن شاء جهر وأسمع نفسه أن يسمع نفسه وغيره فصار كأنه قال المنفرد فيما يجهر فيها
بالقراءة بالخيار إن شاء أسمع نفسه لا غيره وإن شاء أسمع غيره وأسمع نفسه وهذا كما ترى تأويل لغير محتمل إذ ليس
في كلام محمد رحمه الله ما يحتمله. **قوله** وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق يعني إذا قال أنت طالق أو أنت
حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخي خلافا للهندواني وكذا إذا جهر فيهما وخافت بالاستثناء
أو الشرط بحيث أنه لم يسمع نفسه لم يصح الاستثناء أصلا وتأخرا إلى وجود الشرط عند الكرخي وعند
الهندواني يقعان في الحال وعلى هذا التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة. **قال** وأدنى ما يجزئ من القراءة
في الصلاة آية اعلم أنه يكون في الحضر أو في السفر فإن كانت في الحضر فهي على ثلاثة أقسام قسم يتعلق به الجواز وقسم يخرج به عن حد
الكراهة وقسم يدخل به في حد الاستحباب وإن كانت في السفر فإما أن يكون المصلي في عجلة من السير أو في أمنة وقرار والحكم
عليهما ما ذكر خلا أن للعجلة تأثيرا في التخفيف وأدنى ما يجزئ من القراءة في الصلاة سواء كانت في الحضر أو في السفر
عند أبي حنيفة رحمه الله آية واحدة وإن كانت كلمات فصاعدا في الاختلاف بين المشايخ وإن كانت كلمة واحدة
كمدهامتان كانت رواية الكرخي وأبي المداينة لأن الرجل لا يسمى قارئا بدونه أي بدون المذكور من ثلاث آيات أو آية
طويلة ولأبي حنيفة قوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن من غير فصل بين آية وما فوقها وهذا لأن الآية الواحدة قرآن
حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنها تحرم قراءتها على الحائض والجنب فتدخل تحت إطلاق قوله من القرآن
قوله إلا أن ما دون الآية خارج جواب عما يقال لو كان المراد من قوله ما تيسر من القرآن مطلقا من غير فصل لجاز
بما دون الآية كما جاز بالآية لأن الإطلاق يتناولهما تناولا واحدا ولكن لم يجز بما دون الآية فكذلك بالآية ووجهه أن ما
دون الآية لم يدخل في الإطلاق بالإجماع لأن المطلق ينصرف إلى الكامل والكامل من القرآن ما هو قرآن حقيقة
وحكما وما دون الآية وإن كان قرآنا حقيقة ليس قرآنا حكما حيث جاز قراءته للجنب والحائض فلا ينصرف المطلق إليه
وعلى هذا التقرير يكون **قوله** خارج بمعنى لم يدخل لأنه أبرز الكلام مبرز الإطلاق والتقييد لا العموم
والخصوص ولهذا قال فيما تقدم والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز ولأن التخصيص عندنا ليس بطريق الإخراج
بل بطريق أن المخصوص لم يدخل تحت الجملة كما عرف في الأصول وله زيادة تقرير قررناها في التقرير. **قال**
والآية ليست في معناه أي في معنى ما دون الآية مستغنى عنه لأنه ذكره لدفع من عسى أن يتوهم أن ما دون
الآية إذا لم يدخل تحت الإطلاق فليلحق الآية به في ذلك فقال الآية ليست في معناه فيلحق به. **قوله** وفي السفر
إنما قدم الكلام في السفر مع أنه من العوارض وهو أليق بالتأخير إما لأنه مظنة قلة القراءة فكانت
أنسب لذكر قراءة الآية الواحدة وإما لأن شعب بحث الحضر كثيرة فأراد أن يفرغ من بحث السفر ليدخل
بحث الحضر على فراغ وكلامه في السفر ظاهر والأمنة بفتح الميم هو الأمن ولما كان السفر مظنة التخفيف أدير الحكم

عليه وخفف في القراءة وإن كان المسافر في حالة الأمن ألا ترى أنه أثر في إسقاط شطر الصلاة فإن كان على أمنة وقرار فلأن
يؤثر في تخفيف القراءة أولى. فإن قيل هذا التعليل مخالف لما ذكره في طرف أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الأرواث في باب
الأنجاس حيث استدل هاهنا بوجود التخفيف مرة على التخفيف ثانيا وأبى ذلك هناك أجيب بالفرق بين الموضعين
بأن العمل بتخفيف القراءة عمل بالدلالة لأن كل شيء ظهر تأثيره في الأصل كان ظهور تأثيره في الوصف أولى لكونه تابعا
للأصل بخلاف الأرواث فإن الضرورة عملت في صفة التخفيف مرة وكيفيته مؤثرا فلا تعمل ثانية ويقرأ في
الحضر في الفجر في الركعتين أربعين آية أو خمسين سوى فاتحة الكتاب ويروى من أربعين إلى ستين ويروى من ستين
إلى مائة وبكل ذلك وردت الآثار فالسور التي تلقت سورة ق واقتربت ممن كثر رسول الله
قراءته لهما في صلاة الفجر وق خمس وأربعون آية واقتربت خمس وخمسون آية أو ست وخمسون وروي عن ابن عباس
رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل أتى على الإنسان والأولى
ثلاثون والثانية إحدى وثلاثون فلما اختلفت مقادير قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفت رواية محمد
فيها وفي لفظ الكتاب إشارة إلى هذه المقادير لما كانت إنما تكون في الركعتين لا في ركعة واحدة حتى تكون رواية
الأربعين في كل ركعة عشرون. **قوله** ووجه التوفيق يعني بين الروايات وهو ظاهر. وقوله وفي
الظهر مثل ذلك أي مثل ما قرأ في الفجر لاستوائهما في سعة الوقت وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في
الظهر الم تنزيل السجدة قال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه حزرنا قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم فظننا أنه قرأ الم
تنزيل السجدة وقد روينا أنه كان يقرأ في الركعتين في صلاة الفجر الم السجدة وفي الثانية هل أتى على الإنسان فدل على أنه
قرأ في الظهر ما قرأ في ركعتي الفجر وقال في الأصل أو دونه لأنه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال
وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه كان يقرأ في الظهر قدر ثلاثين آية وهو نحو سورة الملك وقوله
والعصر والعشاء سواء يعني في سعة الوقت على وجه الاستحباب يقرأ في الركعتين الأوليين من العصر
والسماء ذات البروج والسماء والطارق ولحديث معاذ بن جبل رضي الله عنه أن قومه شكوا إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم تطويل قراءته في العشاء فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أفتان أنت يا معاذ أين أنت من
سبح اسم ربك الأعلى والشمس وضحاها وفي المغرب بقصار المفصل لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قرأ في
صلاة المغرب بالمعوذتين وطوال المفصل من سورة الحجرات إلى سورة والسماء ذات البروج والأوساط
منها إلى لم يكن والقصار منها إلى الآخر وقيل طواله من الحجرات إلى عبس وأوساطه من كورت إلى
والضحى والقصار منه إلى آخر المصحف. **قوله** ويطيل الركعة الأولى من الفجر جرى التوارث من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وفيه إعانة للناس على إدراك الجماعة ولا يطيل في غيرها عندهما
وقال محمد رحمه الله أحب إلي أن يطيل الركعة الأولى على الثانية في الصلوات كلها ولهما أن ركعتي الصلاة
مطلقا استويا في استحقاق القراءة لكونهما ركنا في الجميع وكل ما كان كذلك يستويان في المقدار لا يعارض
غير اختياري لأن سبب الحدوث محل وسبب التفاوت غير موجود وقلنا يعارض غير اختياري
يخرج صلاة الفجر لأن تطويل الركعة الأولى متفق عليه فيها والأخيرة ما يقال في جانب محمد أن معنى التطويل
الركعة على الثانية موجود في سائر الصلوات لأن الغفلة في الفجر بسبب النوم وفي غيره باشتغال
الناس بالكسب لأن غفلتهم تلك باختيارهم بخلاف النوم ثم المعتبر بالتطويل في الآيات إن كانت متساوية
أو متقاربة من حيث الكلمات والحروف وأما إذا كانت متفاوتة من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات والحروف
في مقدار زيادة إحداهما على الأخرى فمنهم من اعتبر الثلث والثلثين بأن يكون الثلثان في الأولى والثلث في
الثانية وقال في شرح الطحاوي ينبغي أن يقرأ في الأولى بثلاثين آية وفي الثانية بقدر عشر آيات أو عشرين
وهذا بيان الأولوية وأما بيان الحكم فالجواز فإن كان التفاوت فاحشا بأن قرأ في الأولى بأربعين وفي الثانية

بثلث ايات واما اطالة الركعة الثانية على الاولى فمكروه بالاتفاق ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث
ايات لان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في المغرب بالمعوذتين والثانية اطول باية ولما قال في الكتاب من قوله لعدم
امكان الاحتراز عنه من غير حرج والحرج مدفوع وهذا في الفرائض واما في غيرها فعن ابي يوسف ان زيادة
احدى الركعتين على الاخرى مكروهة وقيل ليست بمكروهة لان امر النوافل اسهل الا ترى انها جازت قاعدا مع القدرة
على القيام **قال** وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها هذه المسئلة والتي بعدها متحدان اي انهما في
افادة الحكم واحد وليس كذلك بل هما متغايران وضعا وبيانا اما الوضع فلان الاولى من مسائل القدوري
والثانية من مسائل الجامع الصغير وفيه الرمز الى البيان بما اذا اختلفت الروايتان واما البيان فلان معنى الاولى
ليس في شيء من الصلوات مطلقا تعيين قراءة سورة بعينها لا تجوز الصلاة بغيرها وهو احتراز عن مذهب
الشافعي رحمه الله فانه عين قراءة الفاتحة لجواز الصلوات وقال لا تجوز الصلوة بغيرها من السور وقلنا
انه باطل لاطلاق ما تلونا من قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن لا يقال فعلى الكلام يلزم التكرار من وجه
اخر لما تقدم ان قراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه ما تقدم كان من لفظ الهداية
وما هنا ذكر على انه من لفظ القدوري ومعنى الثانية يكره ان يعين المصلي شيئا من القرآن مثل الم السجدة وهل اتى
على الانسان لشيء من الصلوات كالفجر يوم الجمعة لا على انه لا يجوز غيرها وهو ايضا احتراز عن مذهب الشافعي
رحمه الله فانه يستحب ذلك لحديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأهما في صلاة
الفجر فكيف يكون مكروها وقلنا اي في ذلك هجر الباقي وايهام التفضيل بلا دليل وذلك مكروه لقوله تعالى وقال
الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القرآن مهجورا وهو يوجب الحرمة لولا رواية الجواز بغيرها فجعلناه
مكروها لا يقال الهجر في ذلك بهجر وانما هو تفضيل بدليل وهو ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الفجر ق والقرآن المجيد وبما روي جابر انه ام صلى الله عليه وسلم بتبوك اربعين
ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة واذا زلزلت فعلم انه صلى الله عليه وسلم ما واظب على ذلك ففي استحباب المواظبة
مخالفة له صلى الله عليه وسلم وحمل الصلاة على غير المستحب والكراهة اعظم من ذلك نعم لو فعل ذلك احيانا
كما فعله صلى الله عليه وسلم قلنا باستحبابه لتبركه بقراءة النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقرأ المؤتم خلف الامام
سواء كان في الصلاة الجهرية او غيرها خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة فانه يقول يجب قراءتها في صلاة
السر وفي الركعات التي لا جهر فيها وكذا فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه قال اصحابه ويستحب للامام
على هذا القول ان يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ المقتدي الفاتحة واستدل على ذلك بان القراءة ركن
من الاركان فيشتركان فيه كما في سائر الاركان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له
قراءة حدثت به ابو حنيفة رحمه الله في مسنده عن موسى عن عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر بن عبد الله
رضي الله عنه لا يقال هذا الحديث معارض بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة فيسلم اسناده لانه
بالقياس سلمنا لانا نقول بالموجب اي سلمنا ان لا صلاة الا بقراءة فيسلم اسناده لانه ولكن ليس الكلام فيه وانما
الكلام في ان قراءة الامام قراءة له او لا وحديثهم لا يدل على نفي ولا اثبات وحديثنا يدل على ثبوته فعملنا به
حذرا عن الالغاء ولهذا لم يذكر المصنف حديثهم في الاستدلال لعدم الفائدة بذكره **وقوله** وعليه اجماع
الصحابة قيل فيه نظر لان منهم من يقول بوجوب قراءة الفاتحة على ما روي عن عبادة بن الصامت واجيب بان المراد
به اجماع اكثر الصحابة فانه روي عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة منع المقتدي عن القراءة خلف الامام وقال الشعبي
ادركت سبعين بدريا كلهم يمنعون المقتدي عن القراءة خلف الامام وليس بشيء لان هذا المقدار ليس اكثر الصحابة
وايضا المذهب عندنا ان خلاف الواحد يخالف الاكثر وقيل المراد به اجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم وقد روي
عن عبد الله بن زيد بن اسلم عن ابيه قال كان عشرة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهون عن القراءة خلف

الامام

الامام اشدهم النهي ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي ابن ابي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد ابن
ابي وقاص وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ويجوز ان
يكون رجوع المخالف ثابتا فتم الاجماع ويجوز ان يقال لما ثبت نهي العشرة المذكورة ولم يثبت رد احد عليهم عند توفر
الصحابة كان اجماعا سكوتيا **وقوله** وهو ركن مشترك جواب عن القراءة ركن وتقريره سلمنا انه ركن مشترك
بينهما لكن حظ المقتدي منها الاستماع والانصات لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما ان اصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام قرؤا خلفه فخلطوا عليه القراءة فنزلت ولما
روي ابو هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال انما جعل الامام اماما ليؤتم به فاذا كبر فكبروا
واذا قرأ فانصتوا الحديث **وقوله** ويستحسن قراءة الفاتحة على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد لما روي عن
عبادة بن الصامت ويكره عندهما لما فيه من الوعيد وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال من قرأ خلف الامام
ففي فيه جمرة وقال فقد اخطأ السنة وقيل المراد به ما روي عن سعد ابن ابي وقاص انه قال من قرأ خلف الامام
فسدت صلاته وما روي ان عمر بن الخطاب قال ليت في فم الذي يقرأ خلف الامام حجرا او غير ذلك ولا منافاة في ذلك
لجواز ان يكون الكل مرادا **وقوله** ويستمع وينصت وان قرأ الامام اية الترغيب اي الى الجنة والترهيب
اي من النار ودليله المذكور في الكتاب ظاهر وهل يسأل ويتعوذ الامام او المنفرد ولا لم يذكره ههنا فاما
الامام فلا يفعل في ذلك لا في الفرض ولا في النفل لانه لم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده ولانه
يؤدي الى تطويل الصلاة على القوم وهو مكروه وكذلك المنفرد اذا كان في الفرض لانه غير منقول عن النبي
صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده واما اذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة رضي الله عنه
قال صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل فما مر باية فيها ذكر الجنة الا وقف وسأل الله الجنة
وما مر باية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار وكذلك اذا كان الخطيب في الخطبة يستمع القوم
وينصتوا لما روي ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قال لصاحبه والامام
يخطب فقد لغا ومن لغا فلا صلاة له وكذلك ان صلى على النبي صلى الله عليه وسلم يستمعون
وينصتون سأل ابو يوسف ابا حنيفة اذا ذكر الامام هل يذكرون ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم
قال احب الي ان يستمعوا وينصتوا ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون فقد احسن في العبارة واحتشم
من ان يقول لا يذكرون ولا يصلون على النبي صلى الله عليه وسلم ليس بفرض **وقوله** الا ان يقرأ الخطيب
استثناء من قوله ولذلك ان يصلي يعني اذا قرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا عليه وسلموا
تسليما يصلي السامع في نفسه لان الخطيب يحكي عن الله انه يصلي وعن الملائكة انهم يصلون ويحكي امر الله بذلك
وهو قد اشتغل بذلك فكان على القوم ان يشتغلوا بذلك اي بالصلوة تحقيقا لما طلب منهم وقد روي هذا عن
ابي يوسف رحمه الله وهذا اذا كان قريبا من المنبر واما اذا كان نائيا عنه بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا
في ان قراءة القرآن اولى ام الانصات روي عن محمد بن سلمة انه قال الانصات اولى وهو اختيار الكرخي وقد
اختاره المصنف لان المأمور به عند قراءة القرآن شيئان الاستماع والانصات فاذا عجز عن العمل باحدهما
عمل بالثاني لا بالاخر بحسب الامكان وقال بعضهم قراءة القرآن اولى وهو اختيار الفضلي لان الامر بالانصات
انما كان لاجل الاستماع المتدبر وحيث فات ذلك يقرأ القرآن احرازا للثواب
لما فرغ من ذكر افعال الامام من بيان وجوب الجهر والمخافتة ومن تقدير القراءة ما هو
ومن تقدير القراءة مما هو سنة قراءة الامام وذكر افعال المقتدي من وجوب الاستماع والانصات
اتبعه ذكر صفة شرعية الامامة بانها على صفة من المشروعات فذكر من يصلح لها ما يناسبها من خواص
الامامة فقال الجماعة سنة مؤكدة اي قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل بعضهم بها على وجود الايمان

علا في سائر المشروعات وهي التي تسميها الفقهاء سنة الهدى اي اخذها هدى وتركها ضلالة واشار الى ذلك بقوله
صلى الله عليه وسلم الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق وليس المراد بالمنافق المنافق المصطلح وهو الذي
يبطن الكفر ويظهر الايمان والا لكانت الجماعة فريضة لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة وكان
اخر الكلام مناقضا لاوله فيكون المراد به العاصي والجماعة من خصائص الدين فانها لم تكن مشروعة في دين من
الاديان ولا صحة لقول من يجعلها فرض عين كاحمد وبعض اصحاب الشافعي ويقول لو صلى وحده لم يجز ولا لقول
من يقول انها فرض كفاية كاكثر اصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي لانهم يستدلون باية ما ولكقوله واركعوا مع الراكعين
او بخبر واحد وذلك لا يفيد الفرضية قوله واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة اي بالفقه والشريعة
اذا كان يحسن من القراءة ما يجوز به الصلاة وعن ابي يوسف رحمه الله انه اولاهم بها اقراهم لكتاب الله اي اعلم بالقراءة
وكيفية اداء حروفها ووقوفها لان القراءة ركن في الصلاة لا بد منها والحاجة للعلم انما يكون اذا نابت نائبة اي اذا عرض
عارض مفسد ليمكنه اصلاح صلاته وقد لا يعرض ونحن نقول القراءة مفتقر اليها الركن واحد والعلم يحتاج اليه لسائر
الاركان والخطاء المفسد للصلاة لا يعرف الا بالعلم والمصلح لها كذلك فان تساووا فاعلمهم بالسنة فاقراهم لقوله
لقوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم اقراهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة ووجه الاستدلال ظاهر
واعترض بوجهين احدهما ان قوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم بمعنى الامر والامر للوجوب فيكون الترتيب
الواقع في الحديث واجب الرعاية سواء كان المراد ما وقع في ظاهره من تقديم الاقرا او ما وقع في الكتاب من تقديم
الاعلم بالسنة وليس كذلك فان الترتيب المذكور للافضلية دون الجواز والثاني ان الاستدلال به على خلاف
المدعى فان المدعى تقديم الاعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الاقرا لكتاب الله واجيب عن الاول بانه بمعنى
الامر بل هو صيغة اخبار لبيان الشرعية وهو حقيقة فلا يصار الى المجاز مع امكان العمل بها سلمناه ولكنه لا يجب
بالاجماع وعن الثاني بان اقراهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه على ما روي عن عمر رضي الله عنه حفظ سورة
البقرة في ثنتي عشرة سنة فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا لا يتفاوت فهذا يفضي الى التكرار اذ يؤول معنى الحديث
الى يؤم القوم اعلمهم فان تساووا فاعلمهم بالسنة لان المراد باقراهم اي اعلمهم باحكام كتاب الله دون السنة وقوله اعلمهم
بالسنة اي اعلمهم باحكام كتاب الله فاعلمهم بالسنة فعلم انه قولهم اعلمهم بكتاب الله والسنة فكان الاعلم الثاني غير
الاعلم الاول قال فان تساووا فاورعهم ليس في لفظ الحديث في ترتيب الامامة انما في الحديث بعد
ذكر الاعلم ذكر اقدمهم هجرة لكن اصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورع والورع الاجتناب عن الشبهات والتقوى هو الاجتناب
عن المحرمات فان تساووا فاسنهم ظاهر ولم يذكر انه ان تساووا في السن وذكر غيره احسنهم خلقا ثم احسبهم ثم اصبحهم
وجها وجملة القول ان المستحب في التقديم ان يكون افضل القوم قراءة وعلما وصلاحا ونسبا وخلقا وخلقا اقتداء برسول الله
صلى الله عليه وسلم فانه كان اماما في حياته لسبقه سائر البشر في هذه الاوصاف ثم امامهم الافضل فالافضل والله اعلم
قال ويكره تقديم العبد العبد لا يفرغ لتعلم احكام الصلاة فيكره الصلاة خلفه وقال الشافعي رحمه
الله لا يكره عليه اذا استوى في القراءة والعلم والورع لقوله صلى الله عليه وسلم اسمعوا واطيعوا ولو امر
عليكم عبد حبشي اجدع والجواب ان تقديمه يؤدي الى تقليل الجماعة لان الناس يستنكفون عن متابعته وما يؤدي
اليه مكروه والحديث في الامارة ويكره تقديم الاعرابي لغلبة الجهل فيهم والفاسق لانه لا يهتم بامر دينه وقال
مالك لا يجوز الصلاة خلفه لانه لما ظهر منه الخيانة في الامور الدينية لا يؤتمن في اهم الامور وقلنا عبد الله بن عمر وانس
ابن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين صلوا خلف الحجاج وقد كان افسق اهل زمانه والاعمى لما ذكر في الكتاب وولد الزنا
لانه ليس له اب يثقفه اي يؤدبه ويعلمه وان تقدموا وصلوا اجازت الصلوة لقوله صلى الله عليه وسلم من ام قوما الحديث
وحديث معاذ حين شكى قومه تطويل قراءته معروف وصح انه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين في صلاة الفجر يوما فلما
فرغ قالوا اوجزت قال صلى الله عليه وسلم قرأت بالمعوذتين سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان تفتتن وذلك اوضح دليل

على ان الامام ينبغي له ان يراعي حال قومه ويكره للنساء ان يصلين جماعة لانهن في ذلك لا يخلو عن ارتكاب محرم اي مكروه
لان امامتهن اما ان يتقدم على القوم او يقف وسطهن وفي الاول زيادة الكشف وهي مكروهة وفي الثاني ترك الامام
مقامه وهو مكروه والجماعة سنة وترك ما هو سنة اولى من ارتكاب مكروه وصار كجماعة العراة فانهم
اذا ارادوا الصلاة بجماعة وقف الامام وسطهم كيلا يقع بصرهم على عورته فانه مكروه بترك السنة لاجله وبين
ان الافضل لكل من النساء والعراة ان يصلي وحده خلا ان العراة يصلي كل منهم منفردا قاعدا بايماء دون النساء
قوله فان فعلن اي صلين بجماعة قامت الامام وسطهن لما ذكر في الكتاب من الاثر والمعقول فان قيل
ها هنا تعارضت حرمتان زيادة الكشف في التقدم وترك مقام الامام بالتوسط فلم رجحت رعاية جانب
الكشف على جانب ترك المقام اجيب بان الاحتراز عن الكشف فرض والاحتراز عن ترك مقام الامام
سنة والفرض مرجح لا محالة قوله وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام جواب عما يقال اذا كانت
امامتهن مكروهة فكيف فعلت عائشة رضي الله عنها وحفصة انها فعلت ذلك في ابتداء الاسلام ثم
جائزة سنة تقف الامام وسطهن فنسخت سنتها دون الجواز فانهن لو صلين جماعة جازت بالاجماع
تقدمت الامام او توسطت لاستجماع شرائط الجواز ولكن الافضل التوسط لرجحان جانب الستر كما
ذكرنا وها هنا بحث من اوجه الاول ان النبي صلى الله عليه وسلم اقام بمكة ثلاث عشرة سنة ثم تزوج
عائشة رضي الله عنها بالمدينة فكيف يصح قوله حمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام الثاني ان المذهب
عندنا ان انتفاء صفة الوجوب يستلزم انتفاء صفة الجواز كما عرف ولا فرق بين الجواز والوجوب والسنية
في ذلك لوجود الموجب فيها كوجوده فيه وهو واضح للمراد ولبين في علم اخر وقد قررنا طريق ذلك في التقرير
فاذا انتسخت السنية نسخ الجواز والاستدلال بالمنسوخ غير صحيح الثالث ان امامتهن في صلاة الجنازة غير مكروهة
وارتكاب احد المحرمين فيها موجود الرابع ان التعليل بزيادة الكشف غير صحيح لبقاء الحكم بدونها فان المراة
لو لبست ثوبا حشوا امن في نظرها الى قدمها وامت للنساء خاصة ولا رجل ثمة فانه لا كشف هناك اصلا فضلا عن
الزيادة وتقدمها مكروه وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح والجواب عن الاول انه يجوز ان يكون المراد بابتداء
الاسلام ما قبل زمان الانتساخ فانه ابتداء ايضا بالنسبة وعن الثاني بان الجواز الباقي جواز في ضمن الكراهة
والذي كان في ضمن السنة نسخ معها والاستدلال لا بفعلها لبيان انها كانت سنة ونسخت وانما جوزت
في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرائطه وانتفاء موانعه مع ما يوجب كراهة من ارتكاب
المحرم وعن الثالث بان ترك الجماعة انما كان لاجتماع السنة مع الكراهة فترك السنة لاجل الكراهة وفي
صلاة الجنازة اجتمع الفرض مع الكراهة وانما قلنا ذلك لانهن لو صلين جماعة وقامت الامام وسطهن لتم
فرضا لكون الصلاة فرضا على الكل وارتكبن مكروها وان صلين وحدهن ارتكبن تركا للمكروه لكن على وجه يؤدي الى فوات
الصلاة عن بعضهن لان الفرض يسقط باداء الواحد وقد يتفق تراخ واحدة قبل البقية فتكون الصلاة
من الباقيات نفلا والتنفل بصلاة الجنازة غير مشروع وعن الرابع بان ذلك نادر لا حكم له على ان ترك
التقدم ثابت بالسنة والتعليل لا يبطلها قال ويقف الواحد عن يمينه اذا
صلى اثنان معا احدهما عن يمين صاحبه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما قال بت عند خالتي ميمونة
رضي الله عنها لارقب صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بالليل فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم
وبقي الحي القيوم ثم قرا اخر سورة ال عمران ان في خلق السموات والارض واختلاف الليل والنهار لايات الى اخرها
ثم قام الى شن معلق فتوضأ وافتتح الصلاة فتوضأت ووقفت على يساره فاخذ باذني وادارني خلفه
حتى اقامني عن يمينه وفي مبسوط شيخ الاسلام ثم قد اخذ فاخذ بذوائبي وادارني عن يمينه فعدت الى مكاني
فاعاد ذلك ثانيا وثالثا فلما فرغ قال ما منعك يا غلام ان تثبت في الموضع الذي اوقفتك قلت انت رسول الله

ولا ينبغي لاحد ان يساويك في الموقف فقال صلى الله عليه وسلم اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل فاعاده رسول الله
صلى الله عليه وسلم الى الجانب الايمن دليل على انه هو المختار اذا كان مع الامام رجل واحد. واعترض بان الجماعة في صلاة
النفل بدعة وصلاة الليل كانت نافلة واجيب بان التهجد كان فرضا على النبي صلى الله عليه وسلم فكان اقتداء متنفل بمفترض
ولا يتاخر المقتدي الواحد عن الامام في ظاهر الرواية وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر ولا معتبر بطول
المقتدي بحيث يقع سجوده قبل الامام بل العبرة للموقف. قوله لانه خالف السنة يعني ما ذكرنا من حديث
ابن عباس رضي الله عنهما ولم يفصل بين ما اذا وقف خلف الامام او عن يساره وهو اختيار بعض المشايخ ومنهم
من فرق وقال لا يكون مسيئا اذا كان خلف الامام او عن يساره لان ابن عباس رضي الله عنهما فعل ذلك وتقدم ما
له النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكرنا انفا بخلاف ما اذا قام عن يساره فان حذيفة رضي الله عنه فعل ذلك ورده عليه
النبي صلى الله عليه وسلم. وقوله ونقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما
ولنا انه صلى الله عليه وسلم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما عن انس بن مالك رضي الله عنه ان جدته مليكة
دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعته فاكل منه ثم قال قوموا فاصلي بكم قال انس فقمت الى حصير لنا
قد اسود من طول ما لبس فنضحته بماء فقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت انا واليتيم وراءه
والعجوز من ورائنا فصلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم انصرف فهذا اي تقدم النبي صلى الله عليه وسلم
دليل الافضلية والاثر دليل الاباحة ولم يعكس ليكون من باب تعليم الجواز والاباحة كما هو زعم ابو يوسف حملا لفعل
النبي على الافضلية وقال ابراهيم النخعي وما روي عن ابن مسعود كان لضيق المكان فلا يكون ثبتا وقيل اليتيم اخو انس
لابيه اسمه عمير وفي كتب الحديث ضميرة واليتيم علم غالب له كالنجم للثريا ووجه الاستدلال لا بقوله من حيث
اخرهن الله ما قال ابو زيد في الاسرار حيث عبارة عن المكان ولا مكان يجب تاخيرهن فيه الا مكان الصلاة وقيل
يجوز ان تكون للتعليل يعني كما اخرهن في الشهادة والارث والسلطنة وسائر الولايات. وقوله واما الصبي فلانه
متنفل لانه غير مكلف. وقوله فلا يجوز اقتداء المفترض به يجيء بيانه. السنن المطلقة يعني بها السنن
الرواتب المشروعة قبل الفرائض وبعدها وصلاة العيد على احدى الروايتين والوتر عندهما وصلاة الكسوف
والخسوف والاستسقاء عندهما. وقوله جوزه مشايخ بلخ لانهم قاسوا هذه المسألة بمسألة المظنون بعلة
ان النفل في حق الصبي غير مضمون فصار كنفل البالغ اذا كان غير مظنون لانهما سواء في هذا الوصف ولم يجوزه
مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر بخارا وسمرقند ومنهم اي من المشايخ من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي
يوسف ومحمد فقال ابو يوسف لا يجوز اقتداء البالغ بالصبي في النفل المطلق ايضا ومحمد جوزه والمختار انه لا يجوز
في الصلاة كلها وهذا اختيار منه لمذهب مشايخ ما وراء النهر لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه
القضاء بالافساد بالاجماع. وقوله بخلاف المظنون جواب عن قياس مشايخ بلخ على المظنون وتقريره قياس اقتداء
البالغ بالصبي على الاقتداء بالظان فاسد لان المظنون مجتهد فيه لان عند زفر القضاء واجب على الظان وكل مجتهد
فيه يجعل صحة طرفيه على البدل فالمظنون يحتمل وجوب القضاء بالنظر الى اجتهاد زفر والمانع عن القول بوجوبه مطلقا
انما هو العارض وهو ظن الامام وهو عارض غير ممتد عرض لخلل لم يكن يجاز اعتبار عدمه وحينئذ يكون المظنون
واجب القضاء مطلقا وكان اقتداء ضامن بضامن بخلاف الصبي فان عدم القضاء عليه بالاجماع لا يحتمل كونه مظنونا
والصبا ايضا عارض ممتد لا يمكن اعتبار عدمه فكان اقتداء ضامن بغير ضامن وهو بناء القوي على الضعيف
وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلاة مثلا لعدم الضمان على واحد منهما فكان بناء الضعيف على الضعيف
قال ويصف الرجال ثم الصبيان. هذا بيان ترتيب القيام خلف الامام وليليني امر
من الولي وهو القرب والاحلام جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النائم وغلب استعماله فيما يراه الانسان
من دلالة البلوغ والمراد ليليني البالغون والنهى جمع نهية وهي العقل. فان قيل هذا الحديث يدل

يدل على تقديم الرجال على الصبيان واما تقديم الصبيان على النساء فلا دلالة عليه اجيب بان الصبيان
تابعة للرجال لاحتمال بلوغهم ويجوز ان يقال تقديمهم عليهن ثابت بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه اقام العجوز
وراء اليتيم ولكن لم يذكره في الكتاب. قوله ولان المحاذاة دليل معقول وتمهيد لذكر مسألة المحاذاة
وقوله وان حاذته امرأة ان المحاذاة المفسدة هي ان تحاذي قدم المرأة عضوا من الرجل في الصلاة وشرائطها
ان تكون المرأة مشتهاة حالا او ماضيا منوية امامتها وان تكون الصلاة مطلقة مشتركة تحريمة واداء
وان لا يكون بينهما حائل في ذكر المرأة مطلقة ليتناول المحارم والحليلة والاجنبية وذكر الحال ليتناول الصغيرة
المشتهاة واختلف في حد الشهوة فقدره بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين والاصح ان لا معتبر بالسن
فانها ان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا وذكر الماضي ليتناول العجوز التي يتنفر منها الرجل لانها
كانت مشتهاة وشرط نية امامتها لان اقتداءها لا يصح بدونها فلا تفسد صلاة الرجل ووصف الصلاة بكونها
مطلقة احترازا عن صلاة الجنازة فان المحاذاة لا تفسدها لانها ليست بصلاة على الحقيقة وانما هي دعاء للميت
وانما لا يصح اقتداء الرجل بالمرأة فيها لشبهها بالصلاة المطلقة في اشتمالها على التحليل والتحريم وشرط الاشتراك
تحريمة وهو يتحقق باتحاد الفرضين وباقتداء المتطوعة بالمتطوع وبالمفترض وان يكون الاشتراك تحريمة واداء
حتى لا يكون المحاذاة في اداء ما سبقا مفسدة لان المسبوق في اداء ما سبق منفرد بدليل وجوب القراءة
وسجدة السهو فلم يكونا مشتركين اداء بخلاف اللاحق لانه يؤدي مع الامام تقديرا. فان قيل اذا اقتدت
ناوية للعصر برجل يصلي الظهر لم يصح اقتداؤها فرضا وانما يصح نفلا فقد وجدت الشروط ولم تفسد الصلاة
واجيب بالمنع بشرط عدم الحائل لانه اذا كان بينهما حائل مثل مؤخرة الرحل لا تفسد وقد ظهر من هذا انه اذا
فات شرط من شروطها لا تفسد لما قال انها عرفت مفسدة بالنص وهو ما روي انس ان جدته مليكة
صنعت الى اخر ما روينا خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به واما اذا وجد هذه الشروط كلها فانها تفسد
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو القياس اعتبارا بصلاتها فانها لا تفسد ووجهه ظاهر لان المحاذاة لما
لم توجب فساد صلاة المرأة لم توجب فساد صلاة الرجل لان المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين ووجه الاستحسان
وهو الذي ذهب اليه علماؤنا رحمهم الله انه هذا ترك فرض المقام ومن ترك فرض المقام فسدت صلاته اما
انه ترك فرض المقام فلان تأخير المرأة فرض على الرجل في صلاة يشتركان فيها لما روى عبد الله بن مسعود رضي الله
عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اخروهن من حيث اخرهن الله امر الرجال بالتأخير ولا مكان يجب تأخيرهن
في غير الصلاة فتعين التأخير فيها. فان قيل هذا خبر واحد لا يثبت به الفرضية اجيب بانه من المشاهير
واليه اشار المصنف بقوله وانه من المشاهير ولان تاخيرها في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الاجماع
لانا اجمعنا على عدم جواز اقتداء الرجل بالمرأة مع اتحاد فرضيهما وهو اما ان يكون لنقصان حالها في ذاتها كالصبي
او لعدم صلاحيتها كالامي او لفوات شرط من شروط الصلاة كالعاري او لفوات ترتيب المقام كما في
امامة المتأخر بالاستقراء للعدم مجاوزة انتفاء جواز الاقتداء عنها شرعا وليس للنقصان لانه غير مانع لصحة
الاقتداء مطلقا لجواز امامة العبد والفاسق والاعمى مع نقصان احوالهم بل انما يمنع اذا لزم من ذلك
كاملة الصبي فانها تستلزم بناء القوي على الضعيف ولا لعدم الصلاحية لجواز امامتها للنساء منفردة
ومتوسطة ولا لانتفاء شرط من الشروط لان الفرض عدمه فلم يكن ذلك الا باعتبار ترك فرض المقام الثابت
بقوله صلى الله عليه وسلم اخروهن الحديث فلما اجمعنا هاهنا لانعدام التأخير يثبت الفساد في المتنازع
فيه ايضا لانعدام التأخير واما انه من ترك فرض المقام فسدت صلاته فكالمقتدي اذا تقدم على امامه
وقوله وهو المخاطب به اي بقوله اخروهن دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته لانه هو
المخاطب به جواب عن وجه القياس اي بقوله اخروهن دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون

صلاتها كالمأموم اذا انفرد مع الامام واعترض بانه اذا كان مأمورا بالتأخر كانت مأموره بالتاخر ضرورة
واجيب بالمنع فانه يمكن تاخير الرجل بان يتقدم عليها خطوة او خطوتين ولا تأخرها سلمنا ذلك لكنه ممنوع
فكانت اسوة المقتدي. وقوله وان لم ينوا امامتها بيان لما ترك النية قوله لم يضره اي لم يضر المحاذاة
المصلي. وقوله لان الاشتراك لا يثبت دونها اي دون النية عندنا خلافا لزفر فان الاعتكاف نية امامتها
ليست بشرط لفساد صلاة الرجل بعد ما دخلت في صلاته لان الرجل صالح لامامة الرجال والنساء فاقتدى
الرجل به صحيح بلا نية امامه فكذلك اقتداء المرأة. قوله الاترى توضيح لقوله لان الاشتراك لا يثبت
دونها وتقريره ان الامام يلزمه الترتيب في المقام بالنص وكل من يلزمه شئ يتوقف على التزامه كالاقتداء فانه
لزوم فساد صلاة المقتدي لما كان من جانب الامام محتملا لم يصح الاقتداء الا بالالتزام ولا التزام انما يكون بالنية
فكما ان الاقتداء لا يصح بدون النية لكون الضرر اللازم من جانب الامام ضررا مرضيا كذلك لا يصح الامامة
للنساء بدون النية لكون الضرر اللازم للامام من جانبهن ضررا مرضيا وهو واضح جدا وفيه من وجهين
احدهما ان كل هذا موقوف على اشتراط ثبوت الاشتراك وثبوته ممنوع لان النص لم يفصل بين ان تكون
المحاذية في صلاة مشتركة او غيرها والثاني انه منقوض على قول ابي حنيفة باقتداء القاري بالامي فان صلاة
الامي تفسد بسبب اقتداء القاري بالامي فان صلاة الامي به ومع ذلك لا يشترط للامي نية امامة القاري
والجواب عن الاول انه تشكيك في المسألة فان كل من يقول بمسألة المحاذاة يشترط الاشتراك وانما الخلاف
بيننا وبين زفر انه يقول الاشتراك يثبت بدخولها في صلاته نوى امامتها او لم ينو ونحن نقول لا يثبت
الاشتراك دونها كما ذكرنا انفا والتشكيك في المسلمات غير مسموع على ان النص يدل على ترتيب المقام
وترتيبه انما يتصور في صلاة اديت جماعة لان الامام يلزم ما على المأموم بالرتبة والصلاة بالجماعة تستلزم
الاشتراك وعن الثاني بانه على قول الكرخي ممنوع فانه لا يصح عنده بدون النية ولئن سلمنا فنقول كلامنا
في فساد يحصل بسبب الاقتداء كالذي في اقتداء المحاذية فان صلاة الامام انما تفسد بسببه وصورة النقض
ليست كذلك لان القاري لو صلى وحده والامي وحده وامكن للامي الاقتداء به فسدت صلاته ايضا فلم يكن الفساد بسبب
اقتدائه حتى يدفع عن نفسه بترك النية. وقوله وانما يشترط نية الامام اذا ائتمت محاذية اي اقتدت
بالامام محاذية له يشترط نية الامام لفساد الصلاة واما اذا وقفت خلفه فاما ان تكون بجنبها رجل او لا فان كان
فالصواب انه اقتداءها لا يصح الا بالنية من جهة الامام لانه يلزم الفساد على من بجنبها وذلك يستدعي النية ممن
على الاصل المذكور الا انه مولى عليه من جهة امامه فيتوقف ما يلزمه على التزام امامه وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان
في رواية لا يصح اقتداؤها لاحتمال الفساد من جهتها بالمشي والمحاذاة فيحتاج الى الالتزام وفي رواية يصح وعلى هذه الرواية
يحتاج الى الفرق وهو ان الفساد في الاول وهو ما اذا كانت محاذية لا مرائي واقع وفي الثاني وهو ما اذا كانت خلفه
وليس بجنبها رجل محتمل لاحتمال ان تمشي فتحاذي ولكن الظاهر عدم ذلك فلم يشترط نية الامام هذا في صلاة يشترك
واما في صلاة لا يشترك فيها فالتقدم عليها ومحاذاتها اياه تورث الكراهة. وقوله ويكره لهن حضور الجماعة
كانت النساء يباح لهن الخروج الى الصلوات ثم لما صار سببا للوقوع في الفتنة منعن عن ذلك جاء في التفسير ان
قوله تعالى ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد علمنا المستأخرين نزلت في شأن النسوة حيث كان المنافقون
يتأخرون للاطلاع على عورات النساء ولقد نهى عمر رضي الله عنه النساء عن الخروج الى المساجد فشكون الى عائشة رضي الله عنها
فقالت لو علم النبي صلى الله عليه وسلم ما علم عمر ما اذن لكن في الخروج فاحتج به علماؤنا ومنعوا الشواب عن الخروج مطلقا
واما العجائز وهي جمع عجوز والعامة تقول عجوزة فمنعهن ابو حنيفة رحمه الله عن الخروج في الظهر والعصر دون الفجر
والمغرب والعشاء واجازه في الصلوات كلها لانتفاء الفتنة بقلة الرغبة في العجائز كما اجيز لهن ذلك في العيد
بالاتفاق كما للصلوة كما روى الحسن عن ابي حنيفة انهن يخرجن للصلاة يقمن في اخر الصفوف فيصلين مع الرجال لان لهن من

اهل

من اهل الجماعة بخلاف الرجال او ليكثرن السواد كما روى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يخرجن ليكثرن
السواد يقعدن في ناحية ولا يصلين لانه صح انه صلى الله عليه وسلم امر الحيض بذلك وليسن من اهل الصلاة ولذا
فرط الشهوة حامل على الوقاع فيقع الفتنة والفرط لسكونه الرغبة لاحة والشبق تحتمل شدة شهوة الضراء غير
ان الفساق في النساء زمن في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون
جعل المصنف رحمه الله الجمعة من قبيل صلاة الظهر وهو المذكور في المبسوط والمختلف حتى لا يباح لهن الخروج اليها
وبعض الاسلام جعلها من قبيل صلاة العيد حتى يباح لهن الخروج والمغرب جعله المصنف من قبيل العشاء وهو المذكور
ايضا فيهما وجعله بعض الاسلام من قبيل الظهر. وقوله والجبانة متسعة جواب عن قياسهما على صلاة العيد
والفتوى اليوم على كراهة حضورهن في الصلوات كلها لظهور الفساد. قال ولا يصلي الطاهر
الاصل في جنس هذه المسائل قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدي لا انا نعلم
بيقين ان معناه صلاة الامام تتضمن صلاة المقتدي وصلاة المقتدي اذا كانت اقوى حالا من الامام لم تجز صلاته
لان الشئ انما يتضمن ما هو دونه او مثله لا ما هو فوقه وعلى هذا لا يجوز اقتداء الطاهر بمن هو في معنى المستحاضة
ومن به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ ولا الطاهرات
خلف المستحاضة لنقصان حالهم عن حال المقتدي ولا المكتسي بالعاري ولا الامي ولا الاخرس لقوة حالهما
اذ المراد بقوة الحال الاشتمال على ما لم يشتمل عليه صلاة الامام مما يتوقف الصلاة عليه والامي يقدر على الاتيان
دون الاخرس واختلفوا في جواز اقتداء المتوضي بالمتيمم فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله ومنعه محمد
قال لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولا شك ان حال من اشتمل على الطهارة الاصلية اقوى من حال
من اشتمل على الطهارة الضرورية ولهما انه طهارة مطلقة اي غير موقتة بوقت كطهارة المستحاضة ولهذا
لا يتقدر بقدر الحاجة فكان المتيمم كالمتوضي وان طهارة التيمم طهارة ضرورية باتفاق علمائنا لانه في الحقيقة تلويث
ولا يصار اليه الا عند العجز عن استعمال الماء ومطلقة باتفاقهم لانه ليس موقتا بوقت ويثبت به ما يثبت
بالطهارة بالماء من استباحة الصلاة ومس المصحف ودخول المسجد وانما الشأن في التعليل بكل منهما فيما يصلح ان
تكون علة له فاختار ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله جهة الاطلاق في حق الصلاة لان الشارع اعطاه حكم الطهارة
المطلقة ونفى الحرج بقوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج ولكن يريد ليطهركم من غير فصل
وتوقيت وفي منع جواز الاقتداء مخالفة لاطلاقه وتؤدي الى نوع من الحرج واختار جهة الضرورة في حق انقطاع
الرجعة اذا انقطع دمها في الحيضة الثالثة فيما دون العشرة وقالا لم ينقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير ان يصلي
لان الشرع لم يذكر كونه طهارة في باب الرجعة فكان المقصود من طهارته اداء الصلاة فما لم يترتب عليه ما هو
المقصود منه لم يكن طهارة بالنسبة الى غيره وانما محمد رحمه الله فقد عمل كل واحد من البابين بالاحتياط
والاحتياط في باب الصلاة القول بعدم جواز اقتداء المتوضي بالمتيمم لانه لما لم يجز ذلك لا بد له ان يقتدي بالمتوضي
او يصلي منفردا حتى يكون صلاته بالوضوء فيخرج عن عهدة الصلاة على الوجه الاكمل وفي باب الرجعة القول بالانقطاع
لانه لما انقطعت الرجعة لم يكن له ان يراجعها ولا يحل له وطيها والانقطاع مما يوجد فيه بالاحتياط اجماعا الا
ترى انها لو اغتسلت وبقي على بدنها لمعة انقطعت الرجعة عنها احتياطا واذا انصور التيمم على هذا الوجه
اندفع ما يتراءى ان كل واحد من العلماء ترك اصله وناقض كلامه وبقوم الماسح الغاسلين لانه غسل قدميه فلبس
الخف والخف يمنع سراية الحدث الى القدم فهو باق على كونه غاسلا. فان قيل الاسلام انه باق على كونه غاسلا لان
الخف قائم مقام بشرة القدم والحدث قد حله اجاب بقوله وما حل بالخف يزيله المسح فكان المسح على الخف كغسل الرجل
وقوله ويصلي القائم خلف القاعد ظاهر وقوله انه عليه السلام صلى اخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام
هو ما روي انه صلى الله عليه وسلم لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه قال مروا ابا بكر فليصل بالناس فقالت

عايشة لحفصة رضي الله عنهما قولي له ان ابا بكر رجل اسيف اذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو امرت غيره فقالت
ذلك فقال عليه السلام انكن صواحبات يوسف مروا ابا بكر يصلي بالناس فلما افتتح ابو بكر يصلي بالناس وجد
رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه خفة فخرج يهادى بين العباس وعلي ورجلاه تخطان الارض حتى دخل
المسجد فسمع ابو بكر يصلي بالناس وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي الله عنه حس مجيء النبي صلى الله عليه وسلم
فتاخر وتقدم النبي صلى الله عليه وسلم وجلس يصلي وابو بكر يصلي بصلاته والناس يصلون بصلاة ابي بكر يعني
ان ابا بكر كان يسمع تكبير رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكبر والناس يكبرون بتكبير ابي بكر وهذا اخر صلاة صلى الله
عليه وسلم فكان ناسخا لما قبله فان قيل هذا الحديث مضطرب فان بعض الروايات تدل على ان الامام كان ابا بكر
وبعضها على انه كان النبي صلى الله عليه وسلم فكيف يصح الاستدلال به اجيب بان الامام الخطابي في شرح الصحيح
رجح هذه الرواية التي اخذ بها ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله وهي رواية عبيد الله بن عبد الله بن عتبة لفقهه
واتقانه وموافقة ابن عباس فانه قال دخلت على عبد الله بن عباس رضي الله عنهما فقلت اعرض عليك ما حدثتني عايشة
عن مرض رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هات فعرضت عليه حديثها فما انكر منه شيا **قوله** ويصلي المومي
خلف مثله ظاهر **قوله** لان القعود معتبر فيثبت به القوة دليله ان صلاة التطوع مستلقيا لا تجوز
مع القدرة على القعود لا تجوز **قوله** ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي قال زفر رحمه الله
يصح امامة المومي لمن يركع ويسجد لان الركوع والسجود سقطا الى بدل والمتادي بالبدل كالمتادي بالاصل
ولهذا قلنا ان المتيمم يوم المتوضين ولنا ان حال المقتدي اقوى بناء على ما ذكرنا من الاصل فيمتنع الاقتدا
ولا نسلم ان الايماء بدل عن الركوع لانه بعضه وبعض الشيء لا يكون بدلا عنه فلما كان بعض الاصل لو جاز الاقتدا
لكان مقتديا في بعض الصلاة دون البعض وذلك لا يجوز **قوله** ولا يصلي المفترض خلف المتنفل
هذه ثلاثة اقسام اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه واقتداء المفترض بالمفترض مختلفين فاما الاول فلا يجوز
لان الاقتدا بنا امر وجودي لانه عبارة عن متابعة شخص لاخر في افعاله بصفتها وهو مفهوم وجودي لا بد
فيه وبناء الامر الوجودي على المعدوم غير متحقق ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فيما نحن فيه واما الثالث
فكذلك لان الاقتدا شركة تجيء في التحريمة وموافقة تجيء في الافعال ولا شركة ولا موافقة الا عند اتحاد ما تحرما له
وفعلاه ويجوز ان يكون معناه شركة في التحريمة على قول ابي حنيفة وموافقة فيها على قولهما وفيه نظر لان الشركة
تقتضي المعية في الاشتراك والبنا يقتضي التعاقب فيكون بين الدليل الاول والثاني تناف والجواب ان الاشتراك
انما هو بالنسبة الى التحريمة والبنا بالنسبة الى الافعال فلا منافاة بينهما والشافعي رحمه الله جوز الاقتدا في
الصورتين جميعا قال المصنف لان الاقتدا عنده اداء على سبيل الموافقة يعني ان كل واحد يصلي بدا انه الا انه يوافق
الامام في الاركان والانتقال من حيث الوقت وفيه نظر لانه استدل بالموافقة على سبيل عدم جواز الاقتدا واستدل
بها ايضا للشافعي على جوازه وذلك ظاهر التساقط والجواب ان المراد بالموافقة في دليلنا موافقة بتبعيه وفي
دليله موافقة في تطبيق افعاله الصادرة منه على الزمان الذي طابقه افعال الامام ليس الا وهذا اعتبر ذلك لا محالة
وقوله وعندنا معنى التضمن مراعى اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن على ما تقدم من معناه وكون الشيء
لا يتضمن ما فوقه فان قيل قد صح ان معاذا كان يصلي العشاء مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيصليها بقومه
في بني سلمة فكانت الصلاة لقومه فرضا وصلاته نفلا اجيب بان ذلك لا يلزم لان معاذا جاز ان يكون ينوي مع النبي صلى
الله عليه وسلم نفلا ويصلي مع قومه الفرض ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض وهو القسم الثاني لان الحاجة في حقه اي
في حق المتنفل الى اصل الصلاة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البنا وهذا ابنا على ان مطلق النية كاف في صحة النفل
والفرض يشتمل عليه فيصح الاقتدا بخلاف العكس والحاصل ان الشركة لا بد منها في صحة الاقتدا والامارة لها جواز بنا احدهما
على الاخر للمنفرد في الجماعة والمنفرد لا يصح له ان يبني فرضا على فرض اخر فلا يصح لغيره كذلك وكذا لا يصح له ان يبني

الفرض

الفرض على النفل واما بناء النفل على تحريمة الفرض فقد يجوز وان كان مكروها فيصح الاقتداء لغيره ومن
اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد وانما قيد بالعلم بعد الاقتدا لانه لو علم حدثه قبله لم يجز الاقتداء
به اجماعا وقال الشافعي لا يجب عليه الاعادة بناء على ما تقدم ان الاقتدا عنده ادا على سبيل الموافقة من غير معنى
التضمن ولنا انه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه ثم تذكر جنابة فاعادها وقال من ام قوما
ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلاته واعادوا وعورض بما روى انس بن مالك رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم دخل في صلاته فكبر وكبرنا معه ثم اشار الى القوم ان امكثوا كما انتم فلم نزل قياما حتى اتى
رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اغتسل وراسه يقطر ماء فصلى بهم ولو لم تكن صلاتهم منعقدة لم يتركهم مستديمين
القيامة فدل على ان عدم طهارة الامام لا يمنع انعقاد صلاة المقتدي اذا لم يعلم حال الامام واجيب
بان الامر بالمكث لا يدل على الانعقاد لجواز ان يكون ذلك منعا لهم عن التفرق الا ترى ان محمد بن سيرين ذكر
هذه القصة وذكر ان النبي صلى الله عليه وسلم اومى اليهم ان اقعدوا ولو انعقدت صلاتهم لم يامرهم بذلك
على انه يجوز ان يكون ذلك قبل تعلق صلاة القوم بصلاة الامام على ان ذلك حكاية فعل لا تعارض القول وقوله
ونحن نعتبر معنى التضمن معناه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الامام ضامن ولا يخلو اما ان يكون المراد به
انه ضامن بصلاة نفسه ولا فائدة في ذلك لان كل احد كذلك او ضامن لصلاة القوم وهو صحيح ثم انه اما ان
يكون ضامنا لصلاتهم وجوبا او ادا او صحة وفسادا والاولان غير مراد بالاجماع فتعين الاخير على معنى
انه يتحمل السهو والقراة عن المقتدي وتفسد صلاة المقتدي بفساد صلاة الامام **قوله** واذا صلى الامي
الامي منسوب الى الام اي هو كما ولدته امه والمراد به حيث ما ورد في الكتاب والحديث ولسان العرب من
لا يحسن الخط ولا يقرا شيئا ومن احسن قراة اية من التنزيل خرج عن كونه اميا عند ابي حنيفة رحمه الله وثلاث
ايات او اية طويلة عندهما فيجوز اقتدا من يحفظ التنزيل به لان فرض القراة يتم بما ذكرنا من المقدار وما ذكره
في الكتاب ظاهر **قوله** وهذه اشارة الى ترك فرض القراة **قوله** بكونه قراة له يعني لما روينا من قوله
من كان له امام فقراة الامام قراة له **قوله** بخلاف تلك المسالة يريد به ما استشهد به من ان القاري اذا ام
قراة ولابسين واما المسالة التي يريد بها الاخر ان ام قوما قاريين وخرسا وصاحب الجرح والمومي اذا ام من
هو بمثل حالهما ولمن هو اعلى حالا منهما والمذكور في الكتاب احد طريقي ابي حنيفة رحمه الله والطريق الاخر
ما ذكره الكرخي ان افتتاح الكل قد صح لانه اوان التكبير في الامي فاذا جاء القاري فصح الاقتدا صار الامي
محتملا لفرض القراة عن القاري ثم جاء اوان القراة وهو عاجز عن الوفا بما تحمل فتفسد صلاته وبفساد صلاته تفسد
صلاة القوم بخلاف ساير الاعذار فانها قائمة عند الافتتاح ولا يصح اقتدا من لا عذر به بصاحب العذر **قوله** ولو
كان يصلي الامي وحده شايبة الجواب عما يقال فيه لو كان النظر الى القدرة على جعل الصلاة بقراة بالاقتدا بالقاري معتبرا
لما جازت صلاة الامي وحده والقاري وحده لاقتداره ان يجعل صلاته بقراة بالقاري ووجهه انه لم يعتبر ذلك لانه لم
تظهر منهما رغبة في الجماعة والشرع انما جعل قراة الامام قراة المقتدي اذا اقتدى والخلاف فيما نحن فيه فان كلا منا
في الاقتدا **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكره ابو حازم ان قياس قول ابي حنيفة ان لا تجوز صلاته وهو
قول مالك وقوله وقدم في الاخريين اميا اي احدث فاستخلف اميا فسدت صلاتهم وقال زفر وهو رواية
عن ابي يوسف في غير الاصول لا تفسد صلاتهم لان فرض القراة قد تادى فكان استخلاف القاري والامي سواء
ولنا ان كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراة بالدلايل الدالة على وجوبها اما تحقيقا كما في الركعتين الاوليين واما
تقديرا كما في الاخريين فان القراة في الاوليين قراة في الاخريين بالحديث وليس شي منهما موجود في حق الامي
اما تحقيقا فظاهر واما تقديرا فلعدم الاهلية والشي انما يقدر اذا امكن تحقيقه **قوله** وكذا على هذا
لو قدمه اي الامي في التشهد يعني قبل ان يقعد مقدار التشهد لم تفسد صلاته عند زفر وفسدت عندنا واما اذا قعد

بعد ما قعد قدر التشهد فسدت صلاته عند ابي حنيفة خلافا لهما وهي من الاثني عشرية وقيل لا تفسد عند الكل
اما عندهما فظاهر واما عنده فلعدم الاهلية والشيء انما يقدر اذا امكن تحقيقه وقوله وكذا على هذا لو
تقدمه اي لاحق في التشهد يعني قبل ان يقعد مقدار التشهد لم تفسد صلاته عند زفر وفسدت عندنا واما
اذا قدمه بعد ما قعد قدر التشهد فسدت صلاته عند ابي حنيفة خلافا لهما وهي من الاثني عشرية وقيل لا يفسد
عند الكل اما عندهما فظاهر واما عنده فلوجود الخروج من الصلاة بصنعه وهو الاستخلاف كما لو قهقه او تكلم
لان هذا امر فعله وهو مناف فانقطعت صلاته وانما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس قيل هذا
هو الصحيح

باب الحدث في الصلاة

لما ذكر احكام الصلاة من العوارض
في الصلاة انفرادا وجماعة لانها هي الاصل ذكر في هذا الباب ما يعرض لها من العوارض ويمنعها من المضي والاصل
اولى بالتقديم ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف على الفور لانه لو مكث ساعة صار جزء من الصلاة مؤدى
مع الحدث واداؤها معه لا يجوز فتفسد ما ادى فتفسد الباقي ضرورة ان الصلاة الواحدة لا تتجزى صحة وفسادا
فان كان اماما استخلف باخذ ثوبه وجره الى المحراب وتوضى وبنى والقياس انه يستقبل وهو قول الشافعي لان
الحدث ينافي الصلاة لانها تستلزم الطهارة والحدث ينافي الطهارة ومنافي اللازم مناف للملزوم والشيء
لا يبقى مع الحدث المنافي ولان المشي والانحراف عن القبلة يفسدان الصلاة وكل ما يفسدها لا تبقى
معه كالحدث العمد فالصلاة لا تبقى مع المشي والانحراف وقوله فاشبه الحدث العمد يجمع في الدليلين
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء ووجه الاستدلال
انه قال وليبن على صلاته وادنى مرتبة الامر الاباحة فيكون البناء مباحا وهو المطلوب فان قيل الامر في قوله
فليتوضأ للوجوب فيكون في ليبن كذلك فلم تقولوا به فالجواب ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وقد
اجمع الخلفاء الراشدون وفقهاء الصحابة كعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وانس بن مالك
وسلمان الفارسي رضي الله عنهم على ما قلنا ومثله من الاجماع يترك القياس اذا لم يكن هناك نص فكيف اذا كان وانما
ذكر الحديث الثاني لان فيه بيان الاستخلاف ومن قال من لم يسبق بيانا للافضل لانه اقدر على اتمام الصلاة من المسبوق
فتقليده يكون خيانة وقوله والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به هو جواب عن قياس الشافعي الحدث
السابق بالحدث العمد وتقريره ان قياس الحدث السابق على الحدث العمد فاسد لوجود الفارق لان السابق
فيه البلوى لحصوله بغير فعله فجاز ان يجعل معذورا بخلاف العمد فلا يجوز الحاق السابق به كذا في الشروح وفيه
نظر لانه قال والقياس انه يستقبل وذلك اعتراف بصحة القياس الا انه ترك بالنص فالاشتغال ببيان فساده
تناقض والظاهر ان مراده ترك الحاق العمد بالسابق فان القائل ان يقول السابق والعمد في كونهما منافيين للصلاة
سواء فان بني في السابق بما ذكرتم من الدليل فليبن في العمد الحاقا به فقال في السابق بلوى دون العمد والشيء انما
يلحق بغيره اذا كان في معناه والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وهو ظاهر واعلم ان البناء المذكور
انما يصح في الاحداث الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا الغسل من غير قصد منه للحدث او لسببه ولا من
غيره اذا لم يأت بعده بما ينافي الصلاة من توقف في موضع الصلاة وكلام وحدث او كشف عورة من غير
ضرورة فلا يبني اذا انصرف لغسل نجاسة في ثوبه او للوضوء من الاغماء ونحوه او للغسل للاحتلام او لتعمد
الحدث او عصر جراحة فسال منها شيء او رماه انسان بحجر او سقط من السقف فادماه او مكث ساعة في موضع
الصلاة بعد سبق الحدث كما مر او تكلم او بال او تغوط او كشف العورة عند الاستنجاء او الوضوء من غير
ضرورة وقيل ان المنفرد يستقبل اي الافضل له ذلك والامام والمقتدي يبني كذلك والمنفرد ان
شاء اتم في منزله الذي توضأ فيه بعد الانصراف وهو اختيار بعض مشايخنا لما فيه من تقليل المشي وان شاء
عاد الى مكانه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده لتكون جميع الصلاة بوجه

مكان

واختلف في الحدث السابق وهو الذي سبقه من غير قصد وهو ما يخرج من بدنه من بول او غائط او رعاف او ريح او قد سال من جرح او دمل بغير صنعه فالا ما لا يفسد الصلوة فيجوز البناء استحسانا وقال الشافعي يفسدهما فلا يجوز البناء قياسا
منابع

مكان واحد واعترض بان في العود الى مكانه مشيا في الصلاة من غير حاجة اذ الاداء في المنزل صحيح
وذلك مفسد للصلاة واجيب بان المشي غير موجود حكما لان حرمة الصلاة تجعل الاماكن المختلفة كمكان واحد
ولهذا اتم البناء فيه والله اعلم وقوله والمقتدي يعود الى مكانه يعني حتما حتى لو اتم بقية صلاته في
موضع وضوئه لم يجزه لان بينه وبين امامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق او نهر او حائط ولهذا اذا فرغ
الامام او لم يكن بينهما حائل جاز انه يتابع يبني في منزله فان ادرك امامه في الصلاة فهو مخير بين ان يقضي
ما سبقه الامام في حال اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ثم يقضي اخر صلاته وبين ان يتابع الامام ثم يقضي
ما سبقه الامام بعد تسليمه لان ترتيب افعال الصلاة ليس بشرط خلافا لزفر كذا في شرح الطحاوي
قال ومن ظن انه احدث المصلي اذا انصرف عن مكان صلاته على ظن انتفاء شرط جواز صلاته
ثم علم وجوده فاما ان يكون انصرافه على قصد اصلاح الصلاة او قصد رفضها فان كان الاول فاما ان
خرج من المسجد او لا فان خرج استقبل الصلاة وان لم يخرج اتمها والقياس فيهما الاستقبال لوجود الانحراف
من غير عذر كما اذا كان على قصد الاعراض على ما ياتي وهو اي الاستقبال فيهما رواية عن محمد قال في النهاية
وخلاف محمد فيما اذا كان باب المسجد غير حائط القبلة لا تفسد صلاته بالاتفاق ووجه الاستحسان انه انصرف
على قصد الاصلاح يلحق بحقيقة الاصلاح شرعا كما اذا انتشر الكفار الا ترى انه لو تحقق ما توهمه
بنى على صلاته وقصد الاصلاح يلحق بحقيقة الاصلاح شرعا كما اذا تترس الكفار بالاسارى الاحرار من
المسلمين فانه يباح الرمي اليهم بشرط ان يكون قصدهم الرمي الى الكفار فيجعل كانهم رموا الى الكفار ثم لو تحقق
ما توهمه من الحدث ما فسدت صلاته بالانصراف لاصلاحها فكذا اذا انصرف على قصده واعترض
بان قصد الاصلاح لو الحق بحقيقته لما اشترط عدم الخروج عن المسجد فان حقيقته لم يشترط بذلك
واجيب بان الحكم يثبت بقدر دليله وفي الحقيقة وجد القصد وقام العذر وليس في قصده قيام
العذر فانحط عن درجتها وان كان قد استخلف فتبين انه لم يحدث فسدت صلاته وان لم يخرج من المسجد
لوجود العمل الكثير من غير عذر بخلاف ما اذا تحقق ما توهمه فان العمل غير مفسد لقيام العذر
وكان الاستخلاف كالخروج من المسجد يحتاج لصحته الى قصد الاصلاح وقيام العذر وان كان الثاني فسدت
حيث انصرف خرج من المسجد او لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض ملحق بحقيقته الا ترى انه لو تحقق
ما توهمه يستقبلها فهذا اي هذا الذي ذكرنا ان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح لم تفسد صلاته
ما لم يخرج او يستخلف واذا كان على قصد الاعراض والرفض فسدت هو الاصل الحرفي اي الاصل في جنس
هذه المسائل فمن انصرف على ظن انه لم يصل التي قبلها او على ظن ان مدة المسح قد انقضت ثم علم انه
لم يكن ذلك استقبل لانه انصرف على قصد الرفض وقوله ومكان الصفوف لبيان انه اذا لم يكن
في المسجد ماذا يكون حكمه وهو واضح وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل الصلاة لانه يندر وجود
هذه العوارض في الصلاة فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف
في صلاته الحديث وكذلك اذا قهقه لانه اي فعل القهقهة بمنزلة الكلام في ان كلا منهما ينقل المعنى من
ضميره الى فهم السامع وهو اي الكلام قاطع لانه قال عليه السلام ما لم يتكلم وهذا اذا وجدت هذه
العوارض قبل ان يقعد قدر التشهد فاما اذا وجدت بعده فلا استقبال لانه لم يبق عليه شيء من الاركان
فان قيل سلمناه ولكن لا بد للخروج من فعل المصلي على قول ابي حنيفة ولم يوجد اجيب بانه لا يخلو
الموصوف بها عن اضطراب او مكث وكيف ما كان فالصنع منه موجود اما في الاضطراب فظاهر واما في
المكث فلانه يصير به مؤديا جزءا من الصلاة مع الحدث والاداء صنع منه وقد تقدم
ما هو من شروط البناء قيل هذا باكثر مما ذكره فليكن على ذكر منك قيل وانما قال او نام فاحتلم لان النوم

بانفراده ليس هو بمفسد وكذا الاحتلام المنفرد عن النوم وهو البلوغ بالسنة فجمع بينهما بيانا للمراد والله اعلم

قال وان حصر الامام عن القراءة كل من امتنع عن شيء لم يقدر عليه فقد حصر عنه فان عجز الامام عن القراءة بنسيانه جميع ما كان يحفظ فاستخلف غيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزيهم قال في النهاية لا يلزمهما بدون القراءة كالامي اذا ام قوما اميين ونسبه بعض الشارحين الى السهو لانه هبنا انه يستقبل وبه صرح الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير. وقوله لانه اي الحصر عن القراءة نادر الوجود كالجنابة في الصلاة فلم يكن في معنى ما ورد به النص من الحدث الذي يعم به البلوى ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستخلاف في باب الحدث جاز للعجز عن المضي والعجز هاهنا الزم لان الحدث قد يجد في المسجد ما فيمكنه اتمام صلاته من غير استخلاف اما الذي نسي جميع ما يحفظ فانه لا يقدر على الاتمام الا بالتذكر والتعلم كذا ذكره قاضي خان وذكر ابو اليسر انما يجوز الاستخلاف اذا كان يحفظ القرآن الا انه لحقه خجل او خوف فامتنعت عليه القراءة فاما اذا نسي فصار اميا لم يجز الاستخلاف. وقوله والعجز عن القراءة غير نادر جوابا عن قولهما انه نادر وجوده قوله ولو قرا مقدار ما تجوز به الصلاة ظاهر وكذا قوله وان سبقه الحدث. وقوله في هذه الحالة يعني بعد التشهد. وقوله وقد عرف في باب التيمم حيث قال ويبطله ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله. وقوله وان رآه بعد ما قعد بيانه مسائل تسمى باثني عشرية وهي مشهورة. وقوله بعمل يسير يعني بان كان الخف واسع الساق لا يحتاج في نزعه الى المعالجة وانما قيد به لانه اذا كان ضيقا فعالج في النزع تمت صلاته بالاتفاق. وقوله فتعلم سورة قيل يذكر بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعلم وذلك فعل ينافي الصلاة فتتم صلاته بالاتفاق وقيل سمعها بلا اختيار وحفظها بالاصح. وقوله او تذكر فائتة قبل هذه يعني اذا كان في الوقت سعة. وقوله او الحدث فاستخلف اميا قيل هو اختيار المصنف رحمه الله واما على اختيار فخر الاسلام فلا فساد في الاستخلاف بعد التشهد بالاختلاف. وقوله او دخل وقت العصر في الجمعة قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده اذا صار ظل كل شيء مثليه وعندهما اذا صار مثله واجيب بان هذا على قول الحسن ابن زياد ان بين الظهر والعصر وقتا مهملا فاذا صار ظل الشيء مثله يتحقق الخروج عندهم وتمت الصلاة عندهما وعنده باطلة وهذا يخالف قول المصنف او دخل وقت العصر في الجمعة وقيل يمكن ان يقعد في الصلاة بعد ما قعد قدر التشهد الى ان يصير الظل مثليه فحينئذ يتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى ولكن يمكن توجيهه على المروي عن ابي حنيفة ان الخروج والدخول يكون بظل الشيء مثله كما هو مذهبهما فانه حينئذ يتحقق الخلاف واعلم ان نسبة المهمل في الوقت الى الحسن بن زياد انما هي على ما نقل في مبسوط شمس الائمة واما في مبسوط شيخ الاسلام وغيره فهي منسوبة الى رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة رحمه الله والمنسوب الى الحسن رواية الموافقة في المذهب على ما تقدم. وقوله كالمستحاضة ومن بمعناها يعني اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا فلو انقطع الدم بعد التشهد ثم سال في وقت صلاة اخرى فالصلاة الاولى جائزة عند ابي حنيفة وان لم يسل فهي باطلة لتحقق الانقطاع بعد التشهد وهو كالانقطاع في وسط الصلاة وعندهما جائزة لانه كالانقطاع بعد تمام الصلاة قيل قوله وقيل الاصل فيه هو قول ابي سعيد البردعي وعليه العامة وفيه اشارة الى ان المختار عند المصنف وغيره وهو قول الكرخي فان فسادها بالامور المذكورة عند ابي حنيفة ليس كذلك عند الكرخي لان الفعل قد يوجد معصية بان قهقه او كذب ولا يجوز ان تكون المعصية فرضا بل الخروج بفعل المصلي ليس بفرض بالاتفاق وانما عندهم ان هذه الاشياء مغيرة للصلاة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده قبله لما انه في حرمة الصلاة ولهذا اذا نوى المسافر في هذه الحالة الاقامة اتم والمعنى بالمغير ما تجب الصلاة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة هي عليها قبله فان الصلاة تجب بعد رؤية الماء وانقضاء مدة المسح ووجدان الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس والقراءة بعد ان كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم

القراءة

القراءة والمعنى المغير هو كون الصلاة جائزة الاختتام بما يتصل فانما يصح بالتيمم والمسح والايماء واضدادها وقوله لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا قلت هذا او فعلت الحديث علق عليه السلام التمام بالاحد هما من غير نية فقد خالف النص وله انه اذا الصلاة لا تحري في وقتها واجب لا يخالف ... لم ... هذا فكان الخروج منها وسيلة الى الفرض بانتقاء قوله تعالى اتموا الصلاة وما لا يتوصل الى ... لا به كان فرضا وهذه النكتة منقولة عن الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي رحمه الله واعترض بوجهين احدهما ان المراة لو حاذت رجلا في هذه الحالة تمت صلاته بالاتفاق ولا منه والثاني انه على ما قررتم يكون فرضا الخروج كالسعي الى الجمعة يجب ان تتم صلاته في الصور المذكورة لحصول المقصود من الصنع وهو الخروج من الاولى كما لو حصل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت واجيب عن الاول بان المحاذاة مفسدة لا تتحقق الا من فاعلين فكان فيه صنع الى اوان البيت في مكانه وعن الثاني بان الخروج عن الاولى يجب ان يكون على وجه يبقى صحيحة لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ولان الترتيب فرض ولم يبق بعد الخروج صحيحة لان الفاسد انما لم يبق صحيحة لان الخروج لم يكن بصنع المصلي فكان بقاؤها صحيحة موقوفا على الخروج بصنع المصلي فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دار لانا نقول الخروج بصنع المصلي موقوف على ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة على ما سياتي ولا يلزم منه بقاؤها صحيحة ولا معتبر بالضمنيات. وقوله ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم جواب عن استدلالهما بحديث ابن مسعود وهو مثل قوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه اي قارب التمام سماه تماما باعتبار ما يؤول اليه. وقوله والاستخلاف غير مفسد جواب عما يقال الاستخلاف الاخر صنع المصلي فكان الواجب ان لا تفسد به عنده ايضا وتقريره على وجهين احدهما ما ذهب اليه الشارحون قالوا سلمنا انه صنع منه لكنه ليس بمفسد للصلاة بدليل انه لو استخلف قارئا في خلال الصلاة لم يضره والمعتبر من الصنع ما كان مفسدا لكونه علما على انتهاء الصلاة والثاني ان معناه ان الفساد في هذه الصورة عنده ليس للاستخلاف لانه ليس بمفسد انما الفساد مضمر وهو حكم شرعي وهو عدم صلاحيته لامي للامامة والاولى ان يقال هنا ان عمل كثير من غير ضرورة هاهنا فرض المسالة فيما اذا كان بعد ركن لا يلزم من كونه مفسدا اذا لم يكن عذر كونه مفسدا عند العذر وكذلك ما اشرنا اليه في مطلع البحث من قول بعض الشارحين ان قول المصنف وقيل الاصل فيه اشارة الى ان مختاره غيره مردود لانه ترك ذكر المختار وذكر غيره ولا مخلاص عنه ... قال ومن اقتدى بامام اذا اقتدى الرجل بمن صلى ركعة فاحدث الامام فقدم صح الاستخلاف لانه صحته بالمشاركة في التحريمة وقد وجدت والاولى ان يستخلف مدركا لانه اقدر على اتمامها العدم احتياجه الى استخلاف غيره للتسليم والاقدر اولى لا محالة. وقوله وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص ان صلاته ايضا تامة لانه مدرك اول صلاته فيكون كالفارغ بقعدة الامام قدر التشهد ووجه الاصح انه قد بقي عليه البناء وضحك الامام في حقه في المنع من البناء كضحكه ولو ضحك هو في هذه الحالة فسدت صلاته فكذلك اذا ضحك الامام وقوله وان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد انما قيد بذلك لانه لو قهقه او احدث عمدا قبله فسدت صلاة الجميع بالاتفاق وقيد بفساد صلاة المسبوق لان صلاة المدرك لا تفسد بالاتفاق وفي صلاة اللاحق روايتان. وقوله وله ان القهقهة مفسدة لانها كالحدث في ازالة شرط الصلاة وهو الطهارة فيكون مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلاة الامام فيفسد مثله من صلاة المقتدي لابتنائها عليها. وقوله لانه منه المنهي ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة عنده

فروع الصلاة كالتسليم والخروج بفعل المصلي فان الشرع اعتبرهما كما ذكر قال صلى الله عليه
وسلم وتحليلها التسليم وقال الله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض
والكلام في معناه بمعنى من حيث ان السلام كلام مع القوم ولهذا يشترط لوجوده كاف الخطاب
قوله ويتقض وضوء الامام تحفى عنك الـ[illegible] لا قال زفر فان عليه الذكر فقهه
توجب اعادة الصلاة توجب الوضوء [illegible] لانه في معنى المنصوص عليه من كل وجه وهو الحدث
وحدث في حرمة الصلاة لانه لو سهى في هذه الحالة وجب عليه سجوده فتكون مغايرة للوضوء
قوله ولا يعتمد وفي بعض النسخ يعتد وهما متقاربان لان عدم الاعتداد به يستلزم الاعادة
لان اتمام الركن بالانتقال والانتقال مع الحدث لا يتحقق لان المنتقل اليه جزء من الصلاة واداء جزء
بعد سبق الحدث مفسد فلابد من الاعادة والقياس انه ينتقض بالحدث جميع ما ادى لكن تركناه
بالاثر الوارد في البناء فبقي انتقاض الركن الذي سبقه الحدث فيه على القياس فلزم اعادته كما ثبت
فيه بالقياس قوله دام المقتدي على ركوعه اي مكث راكعا قدر ركوعه لانه يمكنه الاتمام
بالاستدامة فيما يستدام كما لا انشاء فلا يحتاج الى انشاء الركوع اصلا قوله تعالى فلا
تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ومن ذكر في ركوعه او سجوده ان عليه سجدة فانحط من ركوعه
او رفع راسه من سجوده فسجدها التي ذكرها صلبية كانت او تلاوة اعاد الركوع والسجود ليقع الافعال
مرتبة بقدر الاركان وهذا بيان الاولى لان مراعاة الترتيب في افعال الصلاة ليست بركن لان
المسبوق يبدأ بما ادرك مع الامام ولو كان الترتيب ركنا لما جاز له تركه بعذر الجماعة كالترتيب
بين الصلوات فلو ترك الاعادة جاز لان ذكر السجدة لا ينقض الركوع فصح الاعتداد به بخلاف سبق
الحدث فانه ينقضه كما تقدم وهو معنى قوله لان الانتقال مع الطهارة وعن ابي يوسف انه يلزمه
اعادة الركوع لان القومة عنده فرض فحيث انحط من الركوع ولم يرفع راسه فقد ترك الفرض
فعليه الاعادة وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعاد الى السجدة الصلبية بعد ما قعد قدر التشهد
فانه يرتفض القعدة وكذا لو تذكر في الركوع انه لم يقرأ القران فعاد لقراءة القران ارتفض الركوع واجيب
بان القعدة انما ترتفض للاتيان بالسجدة لان النبي صلى الله عليه وسلم علق تمام الصلاة بالقعدة في قوله
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلاتك فلو قلنا بجواز تاخير غيرها عنها كان تمام الصلاة
بذلك الغير وهو خلاف النص وكذلك لا يجوز تاخير القيام والركوع عن السجود لان القيام
وسيلة الى السجود حتى ان من لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه القيام ولو عاد ليتنقله
على المقاصد والقراءة زينة القيام فكانت تابعة له ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد
فالماموم امام نوى الامام ذلك او لم ينوه لما فيه اي في تعيينه اماما صيانة صلاة المقتدي لانه
لو لم يصر اماما خلا مكان الامامة عن الامام وهو يوجب فساد صلاة المقتدي فان قيل التعيين
لا يتحقق بلا تعيين ولم يعين اجاب بقوله وتعين الاول بقطع المزاحمة ولا مزاحم فكان التعيين موجودا
حكما واذا تعين لذلك كان كالمستخلف حقيقة فيتم صلاته مقتديا به ولو لم يكن خلفه الا صبي
او امراة اختلف المشايخ فيه فقيل تفسد صلاة الامام لبقاء الاستخلاف ممن لا يصلح للامامة حكما
فانه لما تعين للامامة كان الامام مقتديا به ومن اقتدى بمن لا يصلح للامامة فسدت صلاته وقيل لا
تفسد صلاته لان الاستخلاف انما يكون حقيقة او حكما ولا شيء منهما موجود اما حقيقة فظاهر لان الفرض
عدمه واما حكما فلانه يقتضي صلاحيته للامامة والفرض عدمها ومنهم من يقول تفسد صلاتهما
لانه لما تعين صار كانه استخلفه فتفسد صلاة الكل ومنهم من يقول تفسد صلاة المقتدي خاصة وهو

الصحيح لانه لما لم يصر مستخلفا لا حقيقة ولا حكما لما ذكرنا بقي الامام منفردا فلا تفسد صلاته
وتفسد صلاة المقتدي لخلو مكان امامه عن الامام والله تعالى اعلم بالصواب

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

هذا الباب لبيان العوارض
التي تعرض في الصلاة باختيار المصلي فكانت مكتسبة فاخره عما تقدم لكونها سماوية
ومن تكلم في صلاته عامدا او ساهيا بطلت صلاته وقال الشافعي رحمه الله لا تفسد
في الخطأ والنسيان الا اذا طال الكلام ولم يفرق المصنف بين السهو والنسيان لعدم التفرقة
بينهما في حكم الشرع والسهو ما ينتبه صاحبه بادنى تنبيه والخطأ ما لا ينتبه بالتنبيه او
ينتبه بعد اتعاب والنسيان هو ان يخرج المدرك من الخيال على ما عرف في موضعه ومعرفته
اي مجاوزه الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان الحديث
ووجه الاستدلال ان حقيقتهما غير مرفوعة لوجودهما بين الناس فيكون الحكم وهو الافساد
مرفوعا ولنا حديث معاوية بن الحكم رضي الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم
فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بابصارهم فقلت واثكل امياه ما لي اراكم
تنظرون الي شزرا فضربوا ايديهم على افخاذهم فعلمت انهم يسكتونني فلما فرغ النبي صلى
الله عليه وسلم دعاني فوالله ما رايت معلما احسن تعليما منه ما كهرني ولا زجرني ولكن
قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس الحديث جعل عدم الكلام فيها من حقها كما جعل
وجود الطهارة فيها من حقها فكما لا تجوز مع عدم الطهارة لا تجوز مع وجود الكلام وهو واضح
جدا فان قيل لو كان مفسدا لامره بالاعادة ولم ينقل قلنا استدلال بالنفي وهو باطل سلمناه
ولكن العلم بالشرع شرط ولم يكن فلم يامره بالاعادة كمسلم لم يهاجر قوله وما رواه محمول
على رفع الاثم جواب عن استدلاله بالحديث المعروف وتقريره ان حكم الاخرة وهو الاثم
مراد بالاجماع فلا يكون حكم الدنيا مرادا والا لزم عموم المشترك او المقتضي وكلاهما باطل على ما
في موضعه قوله بخلاف السلام ساهيا جواب عما يقال السلام كالكلام لانه من الاذكار واذا انتهى
يسلم على النبي صلى الله عليه وسلم وهو اسم من اسماء الله تعالى وانما اخذ حكم الكلام بكاف الخطاب ولما
تحقق معنى الخطاب فيه عند القصد فاذا كان ناسيا الحقناه بالاذكار واذا كان عامدا الحقناه
بالكلام عملا بالشبهين بخلاف الكلام فانه ينافي الصلاة على كل حال فكان مبطلا لها كذلك وطولب
بالفرق بينه وبين افعال تنافي الصلاة فان القليل فيها غير مفسد واجيب بان الاحتراز عن
قليلها غير ممكن اذ في الحي حركات طبيعية ليست من الصلاة فلا تفسد حتى يدخل في حيز ما يمكن
الاحتراز عنه وهو الكثير وليس في الحي كلام طبيعي لا يمكن الاحتراز عنه فاستوى القليل والكثير
قوله فان ان فيها او تاوه الانين صوت المتوجع وقيل هو ان يقول اه والتاوه ان يقول
اوه وارتفاع البكاء هو ان يحصل به حروف وكل ذلك اما ان يكون من ذكر الجنة والنار او من وجع
او مصيبة فان كان الاول لم يقطعها لانه يدل على الخشوع وان كان الثاني قطعها لان فيها اظهار الجزع
والمصيبة فكان كل منهما دليلا على امر والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يكن هناك صريح يخالفها
ولو صرح بذكر الجنة والنار فقال اللهم اني اسالك الجنة واعوذ بك من النار لم يضره ولو صرح
باظهار الوجع فقال اني مصاب فسدت صلاته فكذلك بالدلالة اذ ليس ثمة تصريح يخالفها وعن ابي
يوسف انه اذا قال اه لم تفسد في الحالين اي سواء كان من ذكر الجنة والنار او من وجع ومصيبة
واوه تفسد وقيل الاصل عنده اي الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدان او احدهما لا تفسد

وان كانتا اصليين تفسد وهذا لان اصل كلام العرب ثلاثة احرف لاحتياجه الى حرف يبتدا به وحرف
يوقف عليه وحرف يفصل به بينهما فالحرف الواحد اقل الجملة فلا يطلق عليه اسم الكلام والحرفان
اذا كانت احدهما من الزوائد كذلك لانه نظرا الى الاصل على حرف واحد واما اذا كانتا اصليين فقد وجد
الاكثر وهو يقوم مقام الكل والحروف الزوائد على معنى ان كل زائد لا بد وان يكون منها لا عكسه مجموعها
في قولهم تنساه وعلى هذا قوله او لا تفسد لانهما من الزوائد او هو تفسد لانه زائد على حرفين فانه
في الزائد لا حرفين لا ينظر الى الاصالة والزيادة قال المصنف وهذا لا يقوى لان كلام الناس هو
المفسد وكلام الناس في مفاهيم العرف يتبع وجود الهجا وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد
قال في النهاية فانك اذا قلت اسم اليوم مسا لتمونيها فانه هذا مبتدا وخبر وفعل ومفعول
ومفعول فيه وكلها من حروف الزوائد وهو مفسد بالاتفاق قلت هذا لا يرد عليه لان كلامه في الحرفين
لا في الزائد عليهما فان في الزائد عليهما قوله كقولهما وتابعه الشارحون وقوله قول المصنف في
حروف كلها زوائد يجوز ان يكون المراد بالجمع فيه التثنية وحينئذ يكون معنى كلامه كلام الناس
في العرف عبارة عن وجود الهجا وافهام المعنى وذلك يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة
فيكون من كلام الناس كغيره فيكون مفسدا او انه تنحنح وحصل به حروف فاما ان يكون بعذر او لا فان كان
الثاني وهو ان لم يكن مدفوعا اليه اي ان لم يكن بحيث لا يستطيع ينبغي ان يفسد عندهما قيل انما
قال ينبغي لان المشايخ اختلفوا فيما اذا كان التنحنح لاصلاح الصوت للقراءة فقال شيخ الاسلام لا تفسد
لانه يصير بمعنى القراءة يعني كالمشي للبنا فانه لكونه لاصلاح الصلاة صار من الصلاة وكذا ذكر شمس الائمة
وقال في المحيط وان لم يكن مدفوعا اليه في الصحيح الا انه فعل لاصلاح الحلق ليتمكن من القراءة ان ظهر له
حروف نحو قوله اح اح وتكلف لذلك كان الفقيه اسماعيل الزاهد يقول تقطع الصلاة عندهما لانها
حروف هجاء وفيه نظر لان اختلاف لا يستلزم ذلك ولا وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف
المشايخ كذلك. وقوله عندهما ايضا فيه نظر لانه قال وحصل به حروف بلفظ الجمع ومذهب ابي حنيفة
ومحمد فيهما كما مر فلا وجه لافرادهما بالذكر فان حمل الجمع ههنا ايضا على التثنية اندفع النظر الثاني
ويقال في دفع الاول انه لم يثبت فيه نقل عن الائمة والقياس يقتضي ان يكون مفسدا فقال ينبغي وان
كان الاول عذرا اي معفوا كالعطاس والجشا فان ذلك لا يقطع الصلاة وان حصل بحروف هجاء قال
ومن عطس فقال له اخر يرحمك الله واذا عطس الرجل فقال له اخر يرحمك الله وهو اي القائل في الصلاة
فسدت صلاته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم وانما قيد بقوله اخر لانه اذا قال العاطس
لنفسه لا تفسد صلاته لانه بمنزلة قوله يرحمني الله وبه لا تفسد كذا في الفتاوى الظهيرية بخلاف ما اذا
قال العاطس او السامع الحمد لله فانها لا تفسد على ما قالوا وفي هذا اللفظ اشارة الى خلاف البعض وذكر
في المحيط روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان العاطس يحمد الله في نفسه ولا يحرك لسانه ولو حركه فسدت صلاته
وجه الاول ما ذكره انه لم يتعارف جوابا قوله وان استفتح ففتح عليه الاستفتاح طلب الفتح والاستنصار
قال الله تعالى وكانوا يستفتحون اي يستنصرون ويجوز ان يكون كل واحد منهما ههنا مرادا والاستفتاح
اربعة اقسام بحسب القسمة العقلية وذلك لان المستفتح والفاتح اما ان لا يكونا في الصلاة وليس مما نحن فيه
او يكونا فيها او يكون المستفتح فيها دون الفاتح وبالعكس من ذلك فان كانا في الصلاة وليس ما نحن فيه فاما ان
تكون الصلاة متحدة بان يكون المستفتح اماما والفاتح ماموما او لا يكون ففي الثاني فسدت صلاة كل منهما
لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس قال في الاصل اذا فتح غير مرة فسدت صلاته وفيه اشارة الى انه
ما لم يتكرر لا تفسد قال لانه ليس من اعمال الصلاة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع

الصغير

الصغير التكرار لان التكلم في نفسه قاطع وان قل وهو الصحيح وفي الاول لا يكون كلاما استحسانا
اما الاثر فهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرا في الصلاة المومنين فترك منها كلمة فلما
فرغ منها قال الم يكن فيكم ابي بن كعب فقال بلى يا رسول الله فقال عليه السلام هلا فتحت علي فقال
ظننت انها نسخت فقال عليه السلام لو نسخت لانباتكم واما ما قال في الكتاب من انه مضطر الى اصلاح
صلاته فلانه لما كان هذا امرا من اعمال صلاته معنى ثم اختلف المشايخ بان المقتدي ينوي الفتح على
امامه او قراءة القرآن فمنهم من قال ينوي بالفتح التلاوة ومنهم من قال ينوي الفتح دون القراءة
قال المصنف هو الصحيح اشارة الى ان الاول ليس بصحيح لان المقتدي رخص له في ينوي القراءة دون
التعليم على ما يذكر ولم يفرق في الكتاب بين ما اذا قرا الامام مقدار ما تجوز به الصلاة وبين ما لم
يقرا وان اختلفوا فيه اختيارا منه للصحيح فانه اذا فتح بعد ما قرا ذلك صح ولا تفسد صلاة واحد
منهما ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى تفسد صلاة الفاتح وصلاة الامام ايضا ان اخذ بقوله لوجود
التلقين والتلقن من غير ضرورة وهذا ايضا قول المشايخ اختاره المصنف ومنهم من يقول
لا تفسد وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وينبغي للامام ان لا يلجئهم اليه بان يردد الاية او يقف
ساكتا بل يركع اذا جاء اوانه وانما اطلق الاوان لاختلاف المشايخ فيه فمنهم من اعتبر الاستحباب فقال
ينبغي للامام اذا ارتج ان يتجاوز الى سورة اخرى او يركع اذا كان قرا المستحب صيانة للصلاة عن
الزوائد ومنهم من اعتبر الفرض فقال يكره للامام ان يتردد فيلجئ القوم الى ان يفتحوا عليه اذا كان
قرا مقدار ما يتعلق به الجواز وان كان المستفتح وحده في الصلاة وفتح عليه الخارج واخذ منه فسدت
صلاته لوجود التلقين والتلقن وان كان بالعكس فان نوى تعليمه فسدت وان نوى قراءة القرآن
لم تفسد واشتراط التكرار وعدمه قد مر قال ولو اجاب رجلا في الصلاة بلا اله الا الله
اذا قيل بين يدي المصلي اله مع الله فقال لا اله الا الله فلا يخلو اما انه اراد جوابه او اعلامه انه في الصلاة فان
كان الاول فسدت صلاته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا تفسد لان هذا الكلام ثنا بصيغته
اي بما وضع له صيغته وكل ما هو كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما اذا اراد به اعلامه انه في الصلاة ولهما
انه كلام يحتمل الثنا والجواب فكان كالمشترك والمشترك يجوز تعيين احد محتمليه بالقصد والعزيمة كالتشميت
فانه لا شك انه ذكر بصيغته ويحتمل الخطاب وقد الحقه النبي صلى الله عليه وسلم بكلام الناس حين قصد به
خطاب العاطس فان قيل روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في جواب ابن مسعود حين استاذن عليه
وهو عليه السلام في الصلاة ادخلوها بسلام امنين اراد جوابه ولم تفسد صلاته قيل اجاب شمس الائمة
السرخسي بانه محمول على انه انتهى بالقراءة الى هذا الموضع وقياسه على ارادة الاعلام فاسد لانه ثبت بالنص
على ما يذكر واذا اخبر بين يدي المصلي مات فلان فقال انا لله وانا اليه راجعون اختلف المشايخ فيه فمنهم من
قال هو على الخلاف وهذا القائل لا يحتاج الى بيان فارق وهو الصحيح ومنهم من قال على الوفاق يعني ان ابا يوسف
وافقهما في ان الاسترجاع مفسد والفرق له ان الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لاجله والتهليل
للتوحيد والتعظيم والصلاة شرعت له وان كان الثاني لم تفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم
في الصلاة نائبة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنسا قال ومن صلى ركعة من الظهر يعني اذا صلى
رجل ركعة من صلاة ثم افتتح افتتاحا ثانيا فلا يخلو اما ان تكون الثانية عين الاولى او غيرها فان كان الثاني فقد
نقض الاولى وهي المسئلة المذكورة في الكتاب اولا لانه صح شروعه في غيره ومن ضرورته الخروج عن الاولى
فيبطل فان كانتا فرضين فلا يخلو اما ان يكون المصلي صاحب ترتيب او لا فان وقعت الثانية نفلا ولم يكن وقعت
فرضا وان كان الاول وهي المذكورة في الكتاب ثانيا فقد لغت نيته وبقي المنوي الاول على حاله لانه نوى تحصيل

الحاصل يكون ما صلى من الاولى محسوبا حتى لو صلى بعدها ثلاث ركعات خرج عن العهدة ولو صلى اربعا على ظن ان الاولى
انتقضت ولم يقعد في الثالثة فسدت صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة وذكر في الخلاصة هذا اذا نوى بقلبه
اما اذا نوى بلسانه وقال نويت ان اصلي الظهر انتقض ما صلى ولا يجزى به. قوله واذا قرأ الامام من المصحف
قيد الامام اتفاقي لان حكم المنفرد كذلك قيل ويحتمل انه قيد بالامام لانه المحتاج الى تطويل القراءة فربما يحتاج
الى النظر الى المصحف ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرأ وهو مختلف فيه فمنهم من يقول اذا قرأ مقدار آية تامة
لان ما دونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول مقدار الفاتحة والظاهر ان القليل والكثير عنده في الافساد وعدمه
على حد سواء فلهذا اطلقه في الكتاب لهما انها اي القراءة عبادة وهو واضح انضافت اي انضمت الى عبادة وهو
النظر في المصحف لقوله صلى الله عليه وسلم اعطوا اعينكم من العبادة حظها قيل وما حظها من العبادة قال النظر في
المصحف والعبادة الواحدة غير مفسدة فكيف اذا انضمت الى اخرى الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب
ونحن نهينا عن التشبه فيما لنا منه بد ولابي حنيفة ان حمل المصحف وهو كالتلقن من غيره في تحصيل ما ليس بحاصل
عنده والتلقن من الغير مفسد لا محالة فكذا من المصحف وعلى هذا اي على الوجه الثاني لا فرق بين الموضوع
في مكانه والمحمول لانهما في التلقن سواء وعلى الاول يفترقان لانه اخذ فيه الحمل فاذا قرأ بالوضع فانه لا يفسد
الدليل وشمس الائمة السرخسي جعل التعليل بالتلقن اصح. قوله ولو نظر الى مكتوب يعني اذا نظر الى مكتوب
سوى القرآن فانه اذا كان قرآنا لا خلاف لاحد في جوازه فاما غير القرآن فقد قال بعض مشايخنا لا يفسد على
قول ابي يوسف ويفسد على قول محمد كما لو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأ بلسانه فانه لا يحنث
عند ابي يوسف خلافا لمحمد لان المقصود من القراءة باللسان الفهم فكان التفهم كالقراءة ولابي يوسف ان القراءة
انما تكون باللسان لانه من باب الكلام. قال المصنف الصحيح انه لا تفسد صلاته بالاجماع وليس هذا
كمسئلة اليمين لان المقصود هناك الفهم واما افساد الصلاة فبالعمل الكثير ولم يوجد. قال وان مرت
امرأة بين يدي المصلي انما ذكر هذه المسئلة وان لم يصدر من المصلي شيء يوجب فساد صلاته ردا لقول ينسب الى اصحاب
الظاهر ان مرور المرأة بين يدي المصلي تفسد صلاته لقوله صلى الله عليه وسلم تقطع المرأة الصلاة والكلب والحمار
قلنا انكرت عائشة رضي الله عنها حين بلغها قالت يا اهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمر والكلاب
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي وانا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا سجد حبست رجلي واذا قام مددتها
واعترض بان الكلام في المرور بين يديه لا الاعتراض واجيب بان الاعتراض بين يديه واذا لم يكن مفسدا فالمرور اولى
ثم الكلام في هذه المسئلة في مواضع اولها هذه وهو ان المرور لا يقطعها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلاة
مرور شيء والثاني ان المار آثم لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين
قال الراوي لا ادري قال اربعين عاما او شهرا او يوما وقيل صح من حديث ابي هريرة ان المراد بعاى
اربعين سنة والثالث ان مقدار موضع يكره المرور فيه موضع السجود على ما قيل وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ
الاسلام وقاضي خان رحمهم الله وقال فخر الاسلام اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره ومنهم
من قدره بمقدار صفين او ثلاثة ومنهم من قدره بثلاثة اذرع ومنهم من قدره بخمسة ومنهم باربعين هذا اذا كان في
الصحراء فاما اذا كان في المسجد فقيل لا ينبغي لاحد ان يمر بينه وبين قبلة المسجد وقيل مقدار خمسين ذراعا والرابع
ولا يكون بينهما اي بين المصلي والمار حائل كاسطوانة او جدار اما اذا كان فلا بأس وان يحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي
على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر قامة الرجل كان سترة فلم يأثم وبين هذين القيدين اعني قيد عدم الحائل
وقيد المحاذاة وبين قوله اذا مر في موضع سجوده منافاة لان الجدار والاسطوانة لا يتصور ان يكون بينه
وبين موضع سجوده ولعل معنى الاسلام انه اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه بصره وبين موضع سجوده
وكذلك اذا صلى على الدكان لا يتصور المرور في موضع سجوده ولعل معنى قوله في موضع سجوده في موضع قريب

من موضع

من موضع سجوده يؤول الى ما اختاره فخر الاسلام انه اذا صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع عليه
بصره لا يكره وهذه الاسئلة فيه فلهذا قال فخر الاسلام وانه حسن لكونه مطردا فانه ما اختاره
شيئا الا وهو مطرد في الصور كلها فهو الامام الذي حاز قصبات السبق في ميدان التحقيق جزاه الله عن
المخلصين خيرا والرابع انه يتخذ سترة اذا صلى في الصحراء لقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى احدكم في الصحراء
فليجعل بين يديه سترة والخامس في مقدارها وذلك ان يكون ذراعا فصاعدا لقوله صلى الله عليه
وسلم ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل بضم الميم وكسر الخاء لغة في
آخرته وهي الخشبة العريضة التي تحاذي رأس الراكب وتشد بها لخاطا وهي تجوز ان يكون مقدار
ذراع وسنذكر انه صلى الله عليه وسلم صلى الى عنزة وهي مقدار ذراع. قوله وينبغي ان يكون في غلظه
لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه عن ابيه انه قال يجزئ من السترة السهم والسادس انه يقرب من السترة
لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى الى سترة فليدن منها والسابع انه يجعل السترة على حاجبه الايمن
والايسر لان الاثر ورد به روي انه صلى الله عليه وسلم ما صلى الى شجرة ولا الى عمود الا جعله على
حاجبه الايمن ولم يصمد صمدا اي لم يقصد قصده اي المواجهة والثامن ان سترة الامام سترة للقوم
لانه عليه الصلاة والسلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة اي عصا ذات زج والزج
الحديدة في اسفل الرمح وهو بالتنوين لانه اسم جنس نكرة وقال في الكافي انه اريد بها عنزة النبي صلى الله
عليه وسلم كان غير منصرف للعلمية والتأنيث فيها فيكون منصوبا والتاسع ان المعتبر هو الغرز
دون الالقاء والخط قيل هذا اذا كانت الارض رخوة اما اذا كانت صلبة لا يمكنه الغرز فانه يضع
طولا ليكون على هيئة الغرز وان لم يكن معها خشبة قال بعض مشايخنا المتأخرين يخط خطا
طولا وهو قول الشافعي رحمه الله وان لم يعتبره المصنف لان المقصود هو الحيلولة بينه وبين
المار لا يحصل به فيكون وجوده كعدمه وهو المروي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى هشام
عن ابي يوسف انه كان يطرح سوطه بين يديه ويصلي فان قيل الوضع والخط قدرنا كالغرز
فما وجه المنع اجيب بان ذلك لم يصح عند ائمة الحديث ولم يذكر ان ترك السترة لا بأس به اذا امن
المرور لما ان اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند عدم المار وروى عن محمد انه تركه في طريق الحاج
عن ضرورة والعاشر المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله صلى الله عليه وسلم
ادرؤا ما استطعتم ويدرأ اي يدفع بالاشارة كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة حيث كان
يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر بين يديه فاشار اليه ان قف فوقف ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه
فاشار اليها ان قفي فابت فمرت فلما فرغ من صلاته قال ناقصات العقل ناقصات الدين صواحب يوسف
كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل وهو قوله عليه السلام اذا نابت احدكم
نائبة فليسبح في الصلاة وهذا نائبة في الصلاة فليسبح ويكره الجمع بينهما اي بين الاشارة والتسبيح
لان باحدهما كفاية وهذا في حق الرجال واما النساء فيصفقن بضرب بطون اصابع اليد اليمنى على صفحة
الكف من اليسرى لما ان لهن التصفيق لان في صوتهن فتنة فلا يستحب لهن التسبيح. قال
فصل ما يكره للمصلي عما يفسد صلاته واخره ذكر القوة المفسد. ويكره للمصلي ان يعبث. قال بدر الدين الكردري
العبث الفعل الذي فيه غرض لكنه ليس بشرعي والسفه ما لا غرض فيه اصلا وقال حميد الدين العبث كل عمل ليس
فيه غرض صحيح ولا نزاع في الاصطلاح ولما كان العبث بالثوب او الجسد اكثر وقوعا قدمه ولا حصر لما يفعل
انما قدمه لانه كلي يشمل ما بعده لان العبث بالثوب لا يشمل ما بعده من تقليب الحصا وغيره ولقوله عليه السلام
ان الله تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلاة والباقيان هو الرفث في الصوم والضحك في المقابر. قوله

قوله لان العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة قيل فعلى هذا كان كالقهقهة فينبغي ان يفسد
الصلاة وهو ساقط لان افساد القهقهة لفساد الوضوء بها وليس في العبث ذلك. قوله ولا يقلب الحصا الا مرة
وحاصله ان كل عمل يفيد المصلي لا بأس به لما روي انه صلى الله عليه وسلم عرق في صلاته ليلة فسلت العرق
عن جبينه اي مسحه لانه كان يؤذيه فكان مفيدا او اذا قام من سجوده في الصيف نفض ثوبه يمنة ويسرة كيلا يبقى صورة.
قوله ولا يفرقع اصابعه الفرقعة تنقيض الاصابع بالغمز او بالمد حتى تصوت. قوله لانه صلى الله عليه
وسلم نهى عن الاختصار في الصلاة. قوله ولا يلتفت ظاهر. قوله هو الصحيح احتراز عن التفسير الاخر
للاقعاء وهو ان ينصب ركبتيه الى صدره في السجود ويضع اليتيه على عقبيه لان الكلب لا يقعي كذلك وانما يقعي
مثل ما ذكر في الكتاب الا انه ينصب يديه والادمي ينصب ركبتيه الى صدره. قوله ولا يرد السلام ظاهر.
قال فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلاته فرضا كانت او نفلا وعن سعيد بن جبير انه شرب وعن طاوس
يجوز شربه في النفل وهو رواية عن احمد. قوله لانه اي لان كل واحد من الاكل والشرب عمل كثير لا محالة وهي تفسد
قوله وحاصله الصلاة مذكرة جواب عما يقال ينبغي ان يكون النسيان عفوا كما في الصوم ووجهه انها ليست
كالصوم لان حالة الصلاة مذكرة بخلاف حالة الصوم فان اكل ما بين اسنانه فمنهم من يقول اذا كان ما دون ملء الفم
لا يفسد ومنهم من يقول انه كان قليلا اي ما دون الحمصة لا يفسد كما في الصوم وان كان اكثر من ذلك فسد.
قال ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد شرع من هنا في بيان مسائل الجامع الصغير والطاق هو المحراب
والمذكور في الكتاب في وجه الكراهة احد الطريقين والطريق الاخر هو المروي عن الفقيه ابي جعفر ان حاله
يشتبه على من عن يمينه ويساره وعلى هذا اذا كان بجنب الطاق عمودان ووراء ذلك فرجة يطلع فيها من عن يمينه
ويساره على حاله فلا بأس به والمراد بالمقام المذكور في الكتاب مكان الاقدام فاذا كانت قدماه خارجتين فلا بأس
وانما اختار المصنف الوجه الاول لانه مطرد بخلاف الثاني فانه اذا امكن الاطلاع على حاله بالفرجة على ما ذكرنا
لم يطرد فيه وانما قيد. قوله انه يكون الامام بقوله وحده اشارة الى انه لو كان معه بعض القوم لم يكره
وانما قال على الدكان في ظاهر الرواية احترازا عما ذكر الطحاوي انه لا يكره لزوال المعنى لان ذلك هو التشبه بصنيع
اهل الكتاب فانهم لا يفعلون ذلك ولم يذكر في الكتاب مقدار ارتفاع الدكان وذكر الطحاوي انه مقدار قامة
الرجل وهو مروي عن ابي يوسف وقيل مقدار ما يقع به الامتياز وقيل بذراع اعتبارا بالسترة وعليه الاعتماد
الاعتماد وهذا اذا لم يكن عذر واما اذا كان كما في يوم الجمعة يقوم الناس على الرفوف والامام على الارض في الجامع
لضيق فلا يكره. قوله ولا بأس ان يصلي الى ظهر رجل يتحدث انه لا بأس بان يصلي رجل الى ظهر قاعد يتحدث ظاهرا
انما المكروه ان يصلي الى وجه غيره لما روي ان عمر رضي الله عنه راى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما بالدرة وقال
للمصلي استقبلت الصورة في صلاتك وقال للقاعد استقبلت المصلي بوجهك فعلم ان ذلك مكروه ويعلم من قوله الى
ظهر رجل يتحدث انه لا بأس بان يصلي وبقربه قوم يتحدثون ومن الناس من كره ذلك لما روي انه صلى الله عليه وسلم
نهى ان يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون او نائمون وتأويله عنده ما اذا رفعوا اصواتهم على وجه يخاف وقوع الغلط
في الصلاة او يخاف ان يظهر صوت من النائمين فيضحك في صلاته فان لم يكن كذلك فلا بأس به والدليل على
انه لا يكره عند الامن عن ذلك ما روي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يصلون وبعضهم كانوا
يقرؤن وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يتذكرون المواعظ ولم يمنعهم عن ذلك رسول الله
صلى الله عليه وسلم. قوله ولا بأس بان يصلي وبين يديه سيف معلق انما اورد هذه المسألة لان من العلماء من كره
ذلك فقالوا السيف آلة الحرب وفي الحديد بأس شديد فلا يليق تقديمه في الابتهال قيل هو قول ابن عمر رضي الله عنهما
وفي استقبال المصحف تشبه باهل الكتاب فانهم يفعلون ذلك بكتبهم وقيل هو قول ابراهيم النخعي وما ذكره في الكتاب
من الدليل ظاهر. قوله ولا بأس بان يصلي على بساط فيه تصاوير التصاوير ما نقشه تصوير شبها بخلق الله تعالى

اعم من ان يكون من ذوات الروح او لا. قوله واطلق الكراهة في الاصل اي لم يفصل في المبسوط
في حق الكراهة بين ان يسجد على الصورة او لا يسجد والمذكور في الجامع الصغير انه ان كان في موضع
سجوده يكره لما فيه من التعظيم واذا كان في موضع سجوده وقيامه لا يكره لما فيه من الاهانة ووجه
ما في الاصل ما ذكره ان المصلي معظم بلفظ المفعول فيهما ومعناه ان البساط الذي اعد للصلاة
يعظم من بين سائر البسط فاذا كان فيه صورة كان نوع تعظيم لها ونحن امرنا باهانتها فلا ينبغي
ان يكون في المصلى مطلقا سجد عليها او لم يسجد. قوله لحديث جبريل يروى ان جبريل عليه السلام
استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ادخل فقال له كيف ادخل بيتا فيه ستر عليه
تماثيل حيوانات او رجال اما ان يقطع رأسها او ان يجعل بساطا يوطأ انا معاشر الملائكة لا ندخل
بيتا فيه كلب او صورة. قوله لان الصغار جدا لا تعبد روي انه كان خاتم ابي موسى ذبابتان وكان
لابن عباس رضي الله عنهما كانون محفوف بصور صغار. قوله واذا كان التمثال مقطوع الرأس اي
محوه انما فسر بهذا الى انه لو قطع رأسه بخيط بين الحلقوم كانت الكراهة باقية لان من الطير
ما هو مطوق انما محي رأسه بحيث لا يرى لا يكره لما ذكر انه لا يعبد بلا رأس فكان كالجمادات فصار كالصلاة
الى شمع او سراج في انهما لا يعبدان وانما قال على ما قالوا اشارة الى ان بعضهم قال يكره ذلك كما لو كان
بين يديه كانون فيه جمر او نار موقودة والصحيح ما قالوا لما ذكر انهما لا يعبدان. قوله ولو كانت
الصورة على وسادة ظاهرة ويحكى عن الحسن البصري وعطاء رحمهما الله انهما دخلا بيتا فيه بساط عليه
تصاوير فتوقف عطاء وجلس الحسن وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها. قوله واشدها
اي اشد الصور كراهة يشير الى قوله بالتشكيك يختلف اتحادها بالشدة والضعف وقيل اذا كانت
خلف المصلي لا تكره الصلاة ولكن يكره كونه في البيت لان تنزيه مكان الصلاة عما يمنع دخول الملائكة
مستحب. قوله ويعاد على وجه غير مكروه اي تعاد الصلاة للاحتياط على وجه ليس فيه كراهة وهو
الحكم في الصلاة كل صلاة اديت مع الكراهة كما اذا ترك واجبا من واجبات الصلاة. قوله ولا يكره تمثال
غير ذي الروح لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف اصنع وهو
كسبي قال ان لم يكن لك بد فعليك بتمثال الاشجار وفي هذا اشارة الى ان التمثال لغة الصورة واحدة
ومنهم من قال التمثال ما تصور على الجدار والصورة ما على الثوب وليس بواضح. قوله ولا بأس بقتل
الحية والعقرب في الصلاة ثم لم يفرق بين ما اذا امكنه القتل بضربة واحدة وبين ما اذا احتاج الى ضربات
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي لان قوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في
الصلاة لم يفصل ومنهم من قال ان امكنه القتل بضربة فعل وان ضرب ضربات استقبل الصلاة
لانه عمل كثير والجواب انه عمل رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضي وحكى
المصنف ما ينبو عن هذا لانه قال ولانه فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار وفيه يشير الى انه ليس كالمشي
بعد الحدث وغيره لان ذلك لاصلاح الصلاة دون هذا. قوله ويستوي جميع انواع الحيات يعني
التي تمشي جيفة وغيرها. قوله هو الصحيح احتراز عن قول الفقيه ابي جعفر ان الحيات منها
من سواكن البيوت وهي جنية ومنها لا يكون منها والاولى هي التي تكون صورتها بيضا لها ضفيرتان
تمشي مستوية وقتلها لا يباح لقوله صلى الله عليه وسلم اياكم والحية البيضاء فانها من الجن من غير فصل
بين الصلاة وغيرها فلا تقتل في غيرها ايضا الا بعد الاعذار والانذار بان يقال خل طريق المسلمين فان
ابى قتل والثانية هي التي يضرب لونها الى السواد وفي مشيته التواء قال الطحاوي رحمه الله الفرق بينهما
فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ على الجن العهود والمواثيق بان لا يظهروا لامته في صورة الحية ولا يدخلوا

ولا يدخلوا بيوتهم فاذا نقضوا العهد يباح قتلها وهو مختار شمس الائمة والمصنف رحمه الله لاطلاق
ما روينا.. ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلاة اطلق الصلاة اشارة الى ان العد يكره في الفرائض
والنوافل جميعا وكذا عد السور باتفاق اصحابنا في ظاهر الرواية لان ذلك ليس من اعمال الصلاة وروي
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في غير ظاهر الرواية ان العد باليد لا باس به وقيد باليد لان الغمز برؤس
الاصابع او الحفظ بالقلب غير مكروه بالاتفاق واحترز عن العد باللسان فانه يفسد الصلاة احترز عنه
خارج الصلاة لما ذكر فخر الاسلام ان عد التسبيح في غير الصلاة بدعة وكان السلف يقولون نذنب ولا
نحصي ونسبح ونحصي وقيد بالتسبيح والاي احترازا عن عد الناس وغيرهم فانه لا يكره بالاجماع وكلام المصنف
يدل على ان الخلاف بينهم في الفرائض والنوافل جميعا وقيل الخلاف في المكتوبة واما النوافل فلا خلاف
انه لا يكره وقيل الخلاف في النوافل ولا خلاف في المكتوبة انه يكره لهما ان المصلي قد يحتاج الى ذلك عملا
بما هو السنة وهي ان يعدوا اية ويستوفي اية في الفرائض وعملا بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح في
تسبيحها عشرا عشرا فلا باس بالعد حينئذ ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن ان يفعل ذلك قبل
الشروع في الصلاة وفي صلاة التسبيح فلا ضرورة ايضا الى العد باليد لانه يحصل بالغمز
من رؤس الاصابع فيستغني عن العد باليد **فصل** لما فرغ عن بيان الكراهة في
الصلاة شرع في بيانها خارج الصلاة والخلاء المذكور للغوط والمقصود البيت ويكره استقبال
القبلة في الفرج في الخلاء لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك رواه سلمان رضي الله عنه وانما قيد
بالخلاء لانه كان في الصحراء لكنه لما فيه خلاف الشافعي لانه يقول انما يكره اذا كان في الفضاء واما في الابنية
فلا وفي الاستدبار عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان فعلى احد الروايتين فرق بين الاستقبال والاستدبار
لما ذكر في الكتاب من قوله لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل
لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها فان قيل كيف يعارض هذا ما جاء في حديث ابن عمر وابي هريرة
رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تستقبلوا القبلة بغائط او بول ولا تستدبروها ولكن
شرقوا او غربوا اجيب بانه محمول على ان المراد اهل المدينة لانهم اذا استدبروا صاروا متوجهين
الى بيت المقدس فكان يكره تعظيما لبيت المقدس او على انه يكون رافعا ذيله عند الغوط **وقوله**
ويكره المجامعة فوق المسجد ظاهر **وقوله** لانه لم يأخذ حكم المسجد يعني لعدم الخلوص حتى يباع ويورث
وانه ندبنا اليه اي الى اتخاذ المسجد في البيت فانه يستحب لكل انسان ان يعد في بيته للصلاة مكانا
يصلي فيه النوافل والسنن قال الله تعالى في قصة موسى عليه السلام واجعلوا بيوتكم قبلة وقال عليه
السلام لا تتخذوا بيوتكم قبورا وهو عبارة عن ترك الصلاة في البيت **وقوله** لانه اي الغلق يشبه المنع
من الصلاة وهو حرام قال الله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وقيل لا باس به اي بغلق باب
المسجد اذا خيف على متاعه في غير اوان الصلاة لاختلاف احوال الناس بحسب اختلاف الزمان الا ترى ان النساء
كن يحضرن الجماعات ثم منعن من ذلك وكان المنع صوابا فلذلك اغلاق باب المسجد في زماننا والتدبير فيه الى اهل
المحلة فانهم اذا اجتمعوا على رجل يجعلوه متوليا بغير امر القاضي متوليا **وقوله** ولا باس بان ينقش المسجد بالجص
انما ذكر هذه المسألة بهذه العبارة لاختلاف الناس فيها فمنهم من كره ذلك لان عليا رضي الله عنه قال حين مر بمسجد
مزخرف لمن هذه البيعة وانما قال ذلك لكراهة هذا الصنيع في المساجد وعندنا لا باس بذلك لان عمر رضي الله عنه
اذن في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزينه في خلافته ولان في تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس
في المساجد لانتظار الصلوات وذلك لا محالة حسن وقال شمس الائمة السرخسي في قوله لا باس اشارة الى انه لا يوجر
عليه ولا يوثم به وقيل هو قربة لان الله تعالى حث على عمارة المسجد بقوله تعالى انما يعمر مساجد الله من امن بالله واليوم

الاخر والكعبة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالديباج والحرير **قال** وهذا اشارة
الى لا باس يعني انما يكون لا باس به اذا فعل ذلك من مال نفسه اما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع
الى احكام البناء كالتجصيص دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل ذلك ضمن
لما فرغ من بيان المفروضات وما يتعلق بها من بيان اوقاتها وكيفية
ادائها والاداء الكامل والقاصر شرع في بيان صلاة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلاة الوتر
والدليل على انه قصد هذه المناسبة ايراد النوافل بعدها ليكون الواجب بين الفرض والنفل
كما هو حقه الوتر عند ابي حنيفة رحمه الله واجب قيل ليس في الوتر رواية منصوص عليها في الظاهر لكن
روى يوسف بن خالد السمتي عن ابي حنيفة انها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن ابي مريم
عنه انها سنة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد والشافعي وروى حماد بن زيد عنه انها فريضة وبه
اخذ زفر قالوا اظهر اثار السنن فيها حيث لا يكفر جاحده ولا يوذن له فيكون سنة واعترض عليه
بانه مشترك الالزام فان للقائل ان يقول ظهر اثر الواجبات فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يوذن له
فيكون حجة كصلاة العيد واجيب بانا لا نسلم ان صلاة العيد واجبة سلمنا لكن المجموع من اثار
السنن ولا نسلم ان صلاة العيد ليس لها اذان بل نداءهم الصلاة يرحمكم الله اذان لها وفيه نظر ولابي حنيفة
رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي الوتر رواه ابو نصرة الغفاري رضي الله عنه
ووجه الاستدلال من اوجه احدها انه اضاف الزيادة الى الله والسنن انما تضاف الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم والثاني انه قال زادكم والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد لا في النوافل لانه
لا نهاية لها والثالث ان الزيادة على الشيء انما تتحقق اذا كان من جنس المزيد عليه لا يقال زاد في ثمنه اذا
وهب هبة مبتداة ولا يقال زاد على الهبة اذا باع والمزيد عليه فرض فكذا الزائد الا ان الدليل غير
قطعي فصار واجبا والرابع الامر فانه للوجوب **قوله** ولهذا اي لكونه واجبا وجب القضاء
بالاجماع فان السنن لا يجب قضاؤها بالاجماع قيل المراد بالاجماع اجماع اصحابنا على ظاهر الرواية
فانه نقل عن ابي يوسف انه لا يقضى خارج الوقت وعن محمد انه قال احب الي ان يقضى وقيل المراد
بالاجماع اجماع السلف لكنه لم يثبت الا بطريق الاحاد **وقوله** انما لم يكفر جواب عن قولهما حيث
لا يكفر جاحده ووجهه ان الجاحد انما يكفر اذا كان الدليل قطعيا وههنا ليس كذلك لان وجوبه
ثبت بالسنة يعني بغير المتواتر وكلامه يشير الى ان وجوبه لو ثبت بغير السنة كفر جاحده وفيه
نظر لانه حينئذ كان فرضا لا واجبا وفي الجملة كلامه في هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكل جواد كبوة
وقوله وهو اي كون وجوبه ثبت بالسنة هو المعنى بما روي عنه انه سنة **وقوله** وهو يودى
في وقت العشاء فاكتفى باذانه اي اذان العشاء واقامته جواب عن قولهما ولا يوذن له وقد علمت
ما ورد عليه **قال** والوتر ثلاث ركعات الوتر عندنا ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام وقال
الشافعي في قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رحمه الله لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر
ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر بثلاث وحكى الحسن البصري
رحمه الله اجماع المسلمين على ثلاث وهو مذهب ابي بكر وعمر والعبادلة ولابي هريرة رضي الله عنه
روي ان عمر رضي الله عنه راى سعدا يوتر بركعة فقال ما هذه البتيراء لتشفعنها او لاؤدبنك
وانما قال ذلك لان الاثر اشتهر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء قيل لا حجة له فيما روى
لان الله وتر لا من حيث العدد فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احب ان
يوتر بخمس فليفعل ومن احب ان يوتر بواحدة فليفعل وروي انه اوتر بسبع وتسع واحدى عشرة فما وجه

ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ذلك قبل استقرار الوتر او يحمل على انه يتنفل بالركعتين ويوتر بالثلاث
وكذا غيره ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي في قوله الذي يوافقنا فيه على الثلاث
يقنت فيها بعد الركوع لما روي انه صلى الله عليه وسلم قنت في اخر الوقت وهو بعد الركوع ولنا ما روي
ان ابن مسعود رضي الله عنه بعث امه لتراقب وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت انه اوتر بثلاث
ركعات قرأ في الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا ايها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله
احد وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس رضي الله عنهما والجواب عما روي انه قنت في اخر الوتر
انما زاد على نصف الشيء فهو اخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول يقنت في النصف
الاخير من رمضان لا غير لما روي ان عمر بن كعب رضي الله عنهما بالامامة في ليالي رمضان وامر بالقنوت في النصف
الاخير منه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للحسن رضي الله عنه حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من
غير فصل ولنا وبل ما روي عن عمر رضي الله عنه ان المراد بالقنوت طول القراءة في الصلاة ولئن سلم ان المراد
به القنوت المتنازع فيه فذلك اثر الصحابي والشافعي لا يرى الاحتجاج به لا يقال انما احتج به لانه اجماع
معنى فان ابيا رضي الله عنه كان يوم بحضرة من الصحابة ولم ينكر عليه احد فجعل محل الاجماع لان خلاف ابن عمر رضي الله
عنه قد ثبت حيث قال لا اعرف القنوت الا طول القيام ومع خلافه لا ينعقد الاجماع ويقرأ في كل ركعة من
الوتر بالاجماع اما عند من يقول بكونه سنة فلان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل واما عند ابي حنيفة
فلان وجوبه لما كان بالسنة وجبت القراءة في الجميع احتياطا لانها لا تنفك القطع واستدل المصنف رحمه
الله بقوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر انما هو على وجوب مطلق القراءة واما على تعيين الفاتحة وضم سورة اليها
فلا دلالة للاية على ذلك نعم ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه دليل على ذلك واما انه لا يعين
سورة بعينها يقرؤها على الدوام فقد تقدم الكلام فيه ولو قرأ بما للتبرك بما ورد في حديث ابن مسعود رضي الله
عنه في بعض الاوقات كان حسنا واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت فبل التكبير مشروع
عند اختلافها فعلا كالخفض والرفع لا قولا الا ترى انه لا يكبر عند الانتقال من الاستفتاح الى
القراءة وان اختلفت الحالة من الثناء الى القراءة واجيب بانه ثبت في رفع اليدين في هذه الحالة بقوله صلى
الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن ورفعها بغير تكبير غير مشروع بالاثر لان القياس يقتضي
خلافه لان مبنى الصلاة على السكينة والوقار وقد ذكرنا المواطن السبعة في صفة الصلاة وانما قال في سبع
وان كان الموطن مذكرا على تأويل البقاع والمراد نفي رفع الايدي على سبيل الحصر انه لا يرفع على وجه سنة الهدي
الا في سبع مواطن ورفعها بغير تكبير غير مشروع بالاثر لان القياس يقتضي خلافه لان مبنى الصلاة على
السكينة والوقار وقد ذكرنا المواطن السبعة في صفة الصلاة وانما قال في سبع وان كان المذكور الموطن
مذكرا على تأويل البقاع والمراد نفي رفع الايدي على سبيل الحصر انه لا يرفع على سنة الهدي الا في سبع مواطن
لا نفيه مطلقا لان رفعها عند الدعاء مستحب وعليه المسلمون في عامة البلدان وليس في القنوت دعاء معين
سوى قوله اللهم انا نستعينك فان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على هذا في القنوت والاولى ان يأتي بعده
بما علم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنه في قنوته اللهم اهدني فيمن هديت الى اخره ولا
يقنت في صلاة غيرها ان حدث حادثة والنوازل فله ذلك وان استدل بحديث انس رضي الله عنه كان النبي صلى الله
عليه وسلم يقنت في صلاة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا ما روي ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قنت في صلاة الفجر شهرا يدعو على حي من احياء العرب وهكذا روي عن انس رضي الله عنه قال قنت رسول الله صلى
الله عليه وسلم في صلاة الفجر شهرا او قال اربعين يوما يدعو على رعل وذكوان وعصية حين قتلوا القراء
وهم سبعون رجلا وثمانون وقيل فلما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شيء او يتوب عليهم ترك ذلك فانه

فان قنت الامام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يتابعه لان
الاصل المتابعة والقنوت مجتهد فيه فلا يترك الاصل بالشك ولهما انه منسوخ لما روينا انه عليه السلام
قنت شهرا ثم تركه ولا متابعة في المنسوخ واذا لم يتابعه ماذا يفعل قال بعضهم يقف قائما ليتابعه
فيما يجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي الا ترى ان المقتدي
لا يأتي بالقراءة وهو شريك الامام لا يقال كيف يقعد تحقيقا للمخالفة وهي مفسدة للصلاة لان
المخالفة فيما هو من الاركان او الشرائط مفسدة لا في غيرها ولا يقال الساكت اذا كان شريك
الداعي ينبغي انه لا يقعد لان السكوت موجود في القعود ايضا لان السكوت انما يكون دليل
الشركة اذا لم توجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد وامامه قائم قال المصنف والاول
اظهر لان فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره فما كان مشروعا فيه يتبعه فيه وما كان
غير مشروع لا يتبعه وقال بعضهم يسلم قبل الامام لان الامام اشتغل بالبدعة فلا
معنى لانتظاره ولم يذكره المصنف لانه مخالفة ظاهرة للامام فيما هو مشروع وهو السلام
ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية يعني ان هذه المسئلة تدل على شيئين احدهما ان
اقتداء الحنفي المذهب بشافعي المذهب جائز والثاني ان المقتدي يتابع امامه في قراءة القنوت
في الوتر وذلك لان الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع انه اتباع في الخطا اجماع على المتابعة في الدعاء
المسنون لان قنوت الوتر صواب بيقين وقال ابو اليسر الاقتداء بشافعي المذهب غير جائز
من غير انه يطعن في دينهم لما روى مكحول النسفي في كتاب سماه كتاب الشعاع عن ابي حنيفة ان
من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الراس منه تفسد صلاته وجعل ذلك عملا كثيرا فصلاتهم
فاسدة عندنا فلا يصح الاقتداء بهم وفيه نظر لان فساد الصلاة عند الرفع الراس من الركوع برفع
اليدين لا يمنع صحة الاقتداء بهم وفيه نظر لان فساد الصلاة عنده ح لا ينافي الجواز صلاة الامام
اذ ذاك ثم قوله بالشفعوية خطأ من حيث اللغة لان النسبة الى الشافعي شافعي على حذف يا النسب
من المنسوب اليه. (قوله) واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلاته يعني ان الاقتداء به
انما يصح اذا احتاط مواضع الخلاف بان يتوضا في الخارج النجس من غير السبيلين ولا ينحرف عن القبلة
انحرافا فاحشا ولا يكون شاكا في ايمانه وان لا يتوضا في الماء الراكد القليل وان يغسل ثوبه من المني
ان كان رطبا او يفرك اليابس منه وان لا يقطع الوتر ويراعي الترتيب في الفوائت وان يمسح ربع راسه فان علم
منه شيئا من هذه الاشياء لا يصح الاقتداء وان لم يعلم جاز ويكره هذا حكم الفساد الراجع الى زعم المقتدي
ولم يذكر حكم الفساد الراجع الى زعم الامام وقد اختلف مشايخنا في ذلك فقال الهندواني وجماعة
ان المقتدي اذا رأى امامه مس امرأة ولم يتوضا لا يصح الاقتداء به وذكر التمرتاشي ان اكثر مشايخنا
جوزوه وقال صاحب النهاية وقول الهندواني اقيس لان زعم الامام ان صلاته ليست بصلاة فكان
الاقتداء حينئذ بالموجود على المعدوم في زعم الامام والامام هو الاصل فلا يصح الاقتداء والمختار في
القنوت الاخفاء مطلقا سواء كان القانت اماما او مقتديا او منفردا لانه دعاء وخير الدعاء الخفي
ومنهم من يقول يجهر بالقنوت لان له شبهة القران فان الصحابة اختلفوا في اللهم انا نستعينك انه من القران

باب النوافل

لما فرغ من بيان الفرض والواجب شرع في بيان السنن
والنوافل وترجم الباب بالنوافل لكونها اعم واشمل وقدم السنن على النوافل وهو ظاهر وابتدأ بذكر سنة
الفجر لكونها اقوى (قال) صلى الله عليه وسلم صلوها ولو طردتكم الخيل والمناسب ذكر المواقيت فانه قدم
ذكر وقت الفجر على غيرها في المبسوط قدم ذكر سنة الظهر ثم اختلف بعده سنة الفجر لان السنة تبع

للفرض وأول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الظهر ثم أضاف بعد سنة الفجر في الأولى
فقال الحلواني سنة المغرب لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يدعها في سفر ولا حضر ثم التي بعد الظهر
لكونها متفقا عليها وأن التي قبلها مختلف فيها ثم التي بعد العشاء ثم التي قبل الظهر ثم التي قبل العصر ثم التي قبل
العشاء وقيل التي قبل الظهر آكد من غيرها بعد سنة الفجر قيل وهو الأصح لأنها وعيدا معروفا قال عليه
السلام من ترك أربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقال الحلواني الأفضل في السنن المنزل إلا التراويح لأن فيها
اجماع الصحابة رضي الله عنهم وقيل الصحيح أن الكل سواء ولا تختص الفضيلة بوجه دون وجه وفي الكافي الأفضل
ما يكون أبعد من الرياء وأجمع للإخلاص ثم ما ذكر في الكتاب واضح. وقوله والأصل فيه أي في هذا العدد المذكور
قوله صلى الله عليه وسلم من ثابر والمثابرة المواظبة فإن السنة ما واظب عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع ترك
وفسر أي النبي صلى الله عليه وسلم على ما ذكر في الكتاب يعني المبسوط ومختصر القدوري. قوله غير أنه لم يذكر
الأربع قبل العصر بيان ما هو المذكور في حديث المثابرة فإن المذكور في الكتاب زائد على ثنتي عشرة. وقوله
فكذلك سماه أي الأربع قبل العصر محمد بن الحسن في الأصل حسنا وخير بقوله وإن شاء ركعتين لاختلاف الآثار
ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا وعليا رضي الله
عنه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي قبل العصر ركعتين. وقوله والأفضل الأربع لأنه
أكثر عددا وأدوم تحريمة فكان أكثر ثوابا. وقوله ولم يذكر أي النبي صلى الله عليه وسلم الأربع قبل العشاء ولهذا كان
مستحبا لعدم المواظبة وفي كلامه تسامح لأنه قال ولهذا أي ولأنه لم يذكر كان مستحبا وقوله لعدم المواظبة
علة أخرى لكونه مستحبا وهو غير صحيح ويجوز أن يقال لما لم يذكر في حديث المثابرة لعدم المواظبة وذكر فيه أي
في حديث المثابرة ركعتين بعد العشاء وفي غيره أي في غير حديث المثابرة وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه
موقوفا عليه ومرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم من صلى بعد العشاء أربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر ذكر الأربع
فلهذا أي فللاختلاف في ألفاظ الحديث بين الأربع والركعتين خير محمد بن الحسن أو القدوري بقوله وأربع
بعدها وإن شاء ركعتين. وقوله إلا أن الأربع أفضل خصوصا إلى آخره إشارة إلى ما قال بعض مشايخنا
أن ما ذكر في الكتاب بقوله أن يصلي ركعتين بعد العشاء قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي
حنيفة رحمه الله فالأفضل أن يصلي أربعا وجعل هذه فرع المسألة الأخرى وهي أن صلاة الليل مثنى مثنى
أفضل أو أربع بتسليمة واحدة عنده الأربع أفضل وعندهما مثنى مثنى وهي صحيحة لأن محمدا أجمله في
صلاة الليل ولم يجعله من السنن الموقتة لأنه قال وإن تطوع بخمس والأربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا
كذا قاله النبي عليه السلام روى أبو أيوب الأنصاري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان
يصلي بعد الزوال أربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها
أبواب السماء وأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح فقلت أفي هذه كلهن قراءة قال نعم فقلت بتسليمة أم بتسليمتين
فقال بتسليمة واحدة وقال الشافعي رحمه الله يؤديها بتسليمتين وهو أفضل واحتج بما روى أبو هريرة
رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصليهن بتسليمتين وروي أنه صلى الله عليه وسلم كان
يصليهن بتسليمتين وهو أفضل واحتج بما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال صلاة
الليل والنهار مثنى مثنى والجواب عن الأول أن معنى قوله بتسليمتين أي بتشهدين من باب ذكر الحال وإرادة
المحل وقد روي هذا التأويل عن ابن مسعود رضي الله عنه وعن الثاني بأن المشهور صلاة الليل مثنى مثنى والنهار
غريب ولئن ثبت فمعناه شفع لا وتر نفيا للبتيراء. قال ونوافل النهار اختلف العلماء رحمهم الله
في كمية النفل ليلا ونهارا بحسب الإباحة والأفضلية فأما الإباحة في النهار فهي أن يصلي ركعتين بتسليمة
أو أربعا ويكره الزيادة على ذلك وأما في الليل فإنه يصلي ثمان ركعات بتسليمة ويكره الزيادة على ذلك قال

أبو هريرة رضي الله عنه

في النهار لا فائدة في تخصيصه أبا حنيفة بهذا الحكم لأنه حكى الجواز في نافلة الليل إلى الثمان بغير
كراهة في الكراهية فيما وراءها اتفاق في عامة روايات الكتب وقلت يجوز أن يكون ذكر أبي حنيفة
للاحتراز عن قول الشافعي فإنه يقول لا يزيد على أربع ولو زاد كره له ذلك. وقوله وقالا لا يزيد بالليل
على ركعتين بتسليمة يفهم منه أنه لا يزيد على ذلك من حيث الإباحة وليس كذلك بل لا يزيد عليهما
من حيث الأفضلية لأن الزيادة عليهما ليست بمكروهة بالاتفاق في الليل على ما ذكرنا في الجامع
الصغير لم يذكر الثماني في صلاة الليل وإنما ذكر الست ودليل الكراهة أن النبي صلى الله عليه وسلم
لم يزد على ذلك ولولا الكراهية لزاد تعليما للجواز وهذا اختيار القدوري وفخر الإسلام
وقال شمس الأئمة الأصح أنه لا تكره الزيادة على ثماني ركعات لأنه روي أنه صلى الله عليه وسلم صلى ثلاث عشرة
ركعة فيكون ثمان صلاة الليل وثلاث وتر وركعتان سنة الفجر فكان يصلي هذا كله في الابتداء ثم تفضل
البعض على البعض وفيه نظر لأن كلامنا فيما يكون بتسليمة واحدة وليس فيما ذكرنا ما يدل على ذلك وأما
الأفضلية فما ذكر أن الأفضل في الليل عند أبي حنيفة أبي يوسف ومحمد رحمهما الله مثنى مثنى والتكرار لتأكيد
لأن معنى مثنى اثنين اثنين وفي النهاية أربع أربع وعند الشافعي رحمه الله مثنى مثنى وكلامه ظاهر. قال
والتراويح يؤدي بها عن جواب عن اعتبارهما بالتراويح فيراعى فيها جهة التيسير بالقطع بالتسليم
على رأس الركعتين لأن ما كان أدوم تحريمة كان أشق على الناس. وقوله ومعنى ما رواه الشافعي جواب
عن حديث الشافعي وقد ذكرناه.

فصل

لما فرغ من بيان الصلوات المفروضات
والواجبات والنوافل على الترتيب شرع في بيان القراءة التي بها اختلف وجوبها اختلاف هذه الصلوات
واعلم أن مسألة القراءة في الفرائض الرباعية مخمسة فعندنا هي فرض في الركعتين وقال الشافعي في الركعات
كلها وقال مالك في ثلاث ركعات وقال الحسن البصري في ركعة واحدة وقال أبو بكر الأصم القراءة في
الصلاة سنة كسائر الأذكار وهو فاسد لأن سائر الأذكار حين شرع شرع سنة وجبت المخافتة به على
كل حال وها هنا وجب الجهر بالقراءة في أكثر الصلوات فلو كانت سنة لكان
مخافتة لأن مبنى التطوعات على المخافتة والكتمان على أنه مخالف لظاهر النص وخرق الإجماع ووجه قول
الحسن رحمه الله أن قوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن أمر وهو لا يقتضي التكرار ولا يلزم اركعوا
واسجدوا فإن التكرار فرض لأنه ثبت ذلك بفعل النبي عليه السلام والجواب عنه القول بالموجب وهو أنا
نسلم ذلك لكنه لا ينافيه فيجوز أن يثبت بدليل آخر كما سنذكره ووجه قول مالك رحمه الله أن القراءة تجب
أن تكون واجبات في جميع الركعات بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة إلا بقراءة لكنا أقمنا الأكثر مقام الكل
تيسيرا ووجه قول الشافعي رحمه الله الحديث وذلك لأن كل ركعة صلاة بدليل أنه لو حلف لا يصلي فصلى
ركعة ولنا قوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر على ما تقدم والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار على ما عرف في الأصول وما
ذكرتم خبر واحد فلا يعارضه ولا يزاد به عليه وإنما أوجبنا في الثانية استدلالا بالأولى إلحاقا لها
بالدلالة لأنهما أي الأولى والثانية يتشاكلان من كل وجه فإن قيل لا نسلم ذلك لأنهما يفترقان في حق الثناء
والتعوذ والبسملة أجيب بأن ذلك أمر زائد لا اعتبار له لا أركان فأما الأخريان وفي بعض النسخ الأخراوان
وهو لحن لأن الألف إذا كانت ثالثة ردت إلى أصلها في التثنية كعصوان ورحيان وإن كانت رابعة
تقلب بالياء غير فيفارقانهما أي الأوليين في حق السقوط وصفة القراءة وقدرها فإنه لا يضم السورة إلى
الفاتحة فيهما فلا يلحقان بهما. وقوله والصلاة جوزت مجاز وقوله من الحديث وتقريره أن قوله
لا صلاة مصدر مذكور صريحا فكأنه كمن حلف لا يصلي صلاة لا كمن حلف لا يصلي في ذلك ينصرف إلى الركعتين
عرفا فكذلك هذا فإن قيل لا صلاة نكرة في سياق النفي فيعم كل فرد من أفراده لغة أو شرعية لا سبيل إلى

الأول لأن حقيقتها لغة الدعاء وليست القراءة شرطاً من أفراد الدعاء والثاني مسلّم لكن الركعة
الواحدة ليست من الأفراد شرعاً لنهيه عليه السلام عن البتيراء ولئن قلنا أنه يقول أيضاً بموجب العلة
سلمنا أن لا صلاة إلا بقراءة لكن الكلام في أن القراءة في الأوليين هل هي قراءة في الأخريين أو لا فإذا كرر ثم
لا بد له على نفيه ولنا دليل على ثبوته وهو قوله عليه السلام القراءة في الأوليين قراءة في الأخريين
وهو مخيّر في الأخريين معناه إن شاء قرأ فاتحة الكتاب قيل على جهة الثناء لا على جهة القراءة وبه أخذ
بعض المتأخرين من أصحابنا وإن شاء سكت مقدار تسبيحة وإن شاء سبّح ثلاث تسبيحات كذا روي عن أبي
حنيفة رحمه الله وهو مأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم فقد روي عنهما أنهما
كانا يسبحان في الأخريين وسأل رجل عائشة رضي الله عنها عن قراءة الفاتحة في الأخريين فقالت اقرأ ولكن على
جهة الثناء إلا أن الأفضل أن يقرأ لأن النبي صلى الله عليه وسلم داوم على ذلك ووجبت عليه سجدة لأن القيام
في الأخريين يعني بتركه لا لكان واجباً فالمعنى أي فلكون قراءة الفاتحة على وجه الأفضلية لا يجب سجدة
السهو بتركها في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يقرأ ولم يسبح عمداً كان مسيئاً وإن
سها عن ذلك وجبت عليه سجدة السهو لأن القيام في الأخريين مقصود فيكره إخلاؤه عن الذكر والقراءة
جميعاً وظاهر الرواية أصح لأن الأصل في القيام القراءة فإذا سقطت بقي القيام المطلق فكان كقيام
المقتدي ثم اعلم أن المصنف رحمه الله قال في أول الفصل القراءة واجبة في الركعتين ولم يقل في الأوليين وإن
شاء في الأخريين وإن شاء في الأولى والرابعة وإن شاء في الثانية والثالثة والأفضل أن يقرأ في الأوليين
وقال في خلاصة الفتاوى واجبات الصلاة عشر وذكر منها تعيين القراءة في الأوليين قوله والقراءة
واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر ظاهر قوله ولهذا أي ولكون كل
شفع منه صلاة على حدة لا يجب بالتحريمة الأولى إلا ركعتان وإن نوى أكثر من ذلك في المشهور عن أصحابنا رحمهم الله وإنما
قيّده بالمشهور احترازاً عن قول أبي يوسف لا على ما سيأتي قوله ولهذا أي ولأن القيام إلى الثالثة بمنزلة
تحريمة مبتدأة قالوا نستفتح في الثالثة أي بقراءة سبحانك اللهم وبحمدك كما في الابتداء واستشكل هذا على
قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فإنهما يجوّزان ترك القعدة الأولى من الشفع الأول في التطوعات
فلو كان كل شفع منها صلاة على حدة لما جازت تلك الصلاة لترك القعدة الأخيرة التي هي فرض والجواب أنه وجه
القياس وهو قول زفر ورواية عن محمد رحمهما الله وفي الاستحسان لا يفسد لأن الفرض هو القعدة الأخيرة
وإذا قام إلى الثالثة وهو مشروع بالإجماع أشبه صلاته هذه صلاة الفجر من حيث أن كل شفع منها صلاة على
حدة وصلاة الظهر من حيث أن الأربع مشروع كالركعتين وقد دخل في الشفع الثاني فبالنظر إلى الشبه
الأول تفسد صلاته لأنه ترك القعدة الأخيرة وهي فرض وبالنظر إلى الثاني لا تفسد لأن
القعدة المتروكة ليست الأخيرة فلا تفسد بالشك ويؤمر بالعود إلى القعدة ما لم يسجد نظراً إلى الشبه الأول
ولم يؤمر به بعد السجود لتأكد الشبه الثاني به وأوجبنا القراءة على كل حال لأنها ركن مقصود لعينها
وأما القعدة فإنما شرعت للتحلل والفصل بين الشفعين فاعتبر فيها رعاية الشبهين ويؤيد هذا أن وجوب
القراءة في جميع ركعات الوتر فإن القراءة في الصلاة ركن مقصود بعينها وكونها فرضاً ثبت بالسنة ففيه
احتمال النفلية فتجب القراءة في الجميع احتياطاً قوله ومن شرع في نافلة ثم أفسدها هذه المسألة
المسألة المشهورة في أن الشروع في النفل صلاة كان أو صوماً ملزم عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وعلماؤنا
رحمهم الله أوردوا هذه المسألة في كتاب الصوم لأن الآثار التي يحتج بها من الجانبين إنما وردت فيه لكن
الشيخ أبا الحسن القدوري رحمه الله لما رأى حكم المسألة فيهما واحداً أوردها في كتاب الصلاة وتابعه
المصنف رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله المتنفل متبرع فيه أي في فعله وهو واضح ولا لزوم على المتبرع

لقوله

لقوله ما على المحسنين من سبيل شرع في صلاة النفل ناوياً أربعاً فصلى ركعتين كان مخيراً في الشفع الثاني
والجواب أنه لا لزوم على المتبرع قبل شروعه أو بعده والأول مسلّم وليس الكلام فيه والثاني عين النزاع
والآية محمولة على الأول وقد بيّنا أن كل شفع من النفل صلاة على حدة فلم يوجد الشروع في الشفع الثاني
حتى يكون ملزماً ولنا أن المؤدّى وقع قربة بتسليمه إلى مستحقه وكل ما وقع قربة لزم إتمامه ضرورة
صيانة عن البطلان لحق الغير قال الله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم فإن قيل المؤدّى لا يخلو إما أن يكون عبادة
أو لا فإن كان الأول فلا حاجة إلى لزوم الباقي لأن المشروع فيه عبادة وصلت إلى مستحقها وإن كان
الثاني فلا وجه للتسليم إليه فالجواب أنه عبادة حتى أنه لو مات أثيب عليه ولكن الإبطال بترك الشيء
من منافيه والتزام الباقي لأنه التزم عبادة صوماً أو صلاة مثلاً ولا يكون كذلك إلا بالتزام الباقي
لأنه بهذا الاعتبار غير متجزئ قوله وإن صلى أربعاً أي شرع في الصلاة ناوياً أربعاً وقرأ في
الأوليين وقعد ثم أفسد الأخريين قضى ركعتين يعني الشفع الثاني لأن الأول قد تم والقيام
إلى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزماً إذا كان الإفساد بعد الشروع فيهما بالقيام إلى الثالثة
وأما إذا كان قبل القيام إلى الثالثة وأما إذا كان قبل القيام إلى الثالثة فلا يجب عليه قضاء شيء وعن
أبي يوسف أنه يقضي اعتباراً بالنذر وهذا لأن نية الأربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع
فيلزم القضاء كما إذا نذر فإن نية الأربع قارنت سبب الوجوب وهو النذر ولهما أن الشروع سبب
لوجوب ما شرع فيه وهو الركعة الأولى ولوجوب ما لا يصح ما شرع فيه إلا به وهو الركعة الثانية
لأن البتيراء منهي عنها والشفع الثاني ليس ما شرع فيه لأنه المفروض ولا ما يتوقف صحة ما شرع فيه
عليه فلا يكون واجباً بالشروع في الشفع الأول وما لا يكون واجباً لا يجب قضاؤه وظهر من هذا
أن النية لم تقارن سبب الوجوب وهو الشروع لأن المفروض أنه لم يشرع بخلاف النذر فإن نية
الأربع قارنت السبب الوجوب فيلزم القضاء بالإفساد وعلى هذا سنة الظهر فإن أفسد الأخريين
قبل الشروع يقضيهما عند أبي يوسف وعندهما لا يقضيهما وقيل يقضي أربعاً احتياطاً لأنها بمنزلة
صلاة واحدة حتى أن الزوج إذا خير امرأته وهي في الشفع الأول من هذه الصلاة أو أخبرت بشفعة
لها فأتمت أربعاً لا يبطل خيارها ولا شفعتها بخلاف سائر التطوعات قال وإن صلى أربعاً ولم
يقرأ فيهن شيئاً هذه المسألة تلقب بالمسألة الثمانية والوجوه الآتية فيها ستة عشر وهو أنه قرأ في
الجميع ترك في الجميع • ترك في الشفع الأول • ترك في الشفع الثاني • ترك في الركعة الأولى •
ترك في الثانية • ترك في الثالثة • ترك في الرابعة • ترك في الشفع الأول والركعة الثالثة • ترك
في الأولى والرابعة • ترك في الركعة الأولى والشفع الثاني • ترك في الثانية والثالثة • ترك في الركعة
الأولى والثالثة • ترك في الأولى والرابعة • ترك في الثانية والثالثة • ترك في الثانية والرابعة
فهذه ستة عشر وجهاً والمصنف ترك الوجه الأول لأن الكلام في أقسام الفساد بترك القراءة
والتي يقرأ في جميعها ليس منها وقد أخلت منها سبعة أوجه في الباقية لاتحاد الحكم فعاد ثمانية
وعليك بتمييز المتداخلة بالتفتيش في الأقسام المذكورة في الكتاب والأصل في هذا أن ما ذكره أنه عند
محمد رحمه الله ترك القراءة في الأوليين أو في أحدهما يوجب بطلان التحريمة لأنها تعقد للأفعال
لكونها وسيلة إليها والأفعال قد فسدت بترك القراءة بالإجماع وعند أبي يوسف رحمه الله ترك
القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريمة لأنه يوجب فساد الأداء لا بطلانه وفساد الأداء
لا يزيد على ترك الأداء لا يبطل التحريمة بأن لم يأت بالأركان حالة كونه منفرداً أو خلف الإمام أو سبقه
الحدث فذهب يتوضأ وترك الأداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده وإنما قلنا إن ترك القراءة

يوجب فساد الاداء لا بطلانه لانه ركن زائد لان للصلاة وجودا بدونه لسقوطها عن المقتدي والاخرس
والامي والركن الاصلي التحريمة لانه واذا كان ركنا زائدا لا يؤثر في ازالة اصل الصلاة حتى يصير باطلة وانما
يؤثر في ازالة صفتها وهي صحة الاداء عملا بمقتضى الدليل بقدر الامكان فاسدا فان قيل سلمنا انه اوجب الفساد
وان الفساد لا يزيد على تركه وان الترك لا يبطل التحريمة ولكن ما ذكرتم ترك ناجز لا ترك فلا يكون معتدا
اجيب بان هذا ترك قبل اشتغاله بالاداء وانما يعرف كونه تاخيرا اذا اشتغل بالاداء فقبل اشتغاله
به يصح اطلاق اسم الترك عليه وفيه نظر لان للخصم حينئذ ان يقول لا نسلم ان الفساد لا يزيد على مثل
هذا الترك فان قيل ما الفرق بين الكلام والحدث العمد وبينه حيث يبطلان التحريمة دونه اجيب
بانهما من محظورات التحريمة وارتكابها يقطع التحريمة لانه يمنع انعقادها في الابتداء فيجوز ان يقطعها بعد الصحة
بخلاف ترك القراءة فان قلت سلمنا ذلك لكن انتصف الركن وهو ما يقوم به الشيء بالزيادة كلبس كلام محصل
فالجواب ما قررنا في التقرير تقرير المرتسق اليه فعليك بتحصيله فان كثيرا من فحول اصحابنا وبعض اصحابنا
المتاخرين ايضا انكروا هذه العبادة وعند ابي حنيفة رحمه الله ان ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان
التحريمة وفي احداهما لا يوجب اما الاول فلان كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكان ترك القراءة فيه اخلاء
للصلاة عن القراءة فيكون فاسدا بحيث قضاؤهما وبطل تحريمتها واما الثاني فلان القياس فيه مثل الاول
كما لو تركها في احدى ركعتي الفجر لكن فساد الصلاة بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه لم يقل به الحسن
البصري متمسكا بما هو دليل على ما نقلناه فقضينا بالفساد في وجوب القضاء كما في الفجر وحكمنا ببقاء التحريمة
في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا في كل واحد من الحكمين فان قيل فساد الصلاة بتركها في الركعتين ايضا مختلف
فيه لان ابا بكر الاصم لا يقول بفسادها اجيب بان ذلك خلاف لا اختلاف لكونه مخالفا للدليل القطعي وهو
قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن **قوله** واذا ثبت هذا يعني الاصل المذكور ظاهر سوى اشياء ابتنى
اليها وهو قوله لا تعلقه فضا الاخرين يعني اذا انعقد بينهما واما اذا لم ينعقد فعليه ان يقضي اربعا لان
الفساد في الشفع الثاني يسري الى الاول اذا لم ينعقد بينهما وقد تقدم **قوله** لم يصح الشروع في الشفع الثاني
يعني انه لا يكون صلاة في توليهما حتى لو اقتدى به انسان في الشفع الثاني لم يصح اقتداؤه ولو قهقه لم تنتقض
طهارته **قوله** ولو قرا في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى قول ابي يوسف يقضي اربعا وانما قال
وكذا عند ابي حنيفة اشارة الى انه ليس قوله بالاتفاق بينهما بل انما هو قوله على رواية محمد وهو فصل اصاب
محزه كما ترى وعند محمد يقضي ركعتين بناء على اصله ان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في احدى
الاوليين وابو يوسف ايضا مر على اصله ان التحريمة باقية فصح الشفع الثاني واما ابو حنيفة فقد جرت محاورة
بين ابي يوسف ومحمد في مذهبه حين عرض عليه الجامع الصغير فقال ابو يوسف رويت لك عنه
ان عليه قضاء ركعتين وقال محمد بل رويت لي عنه ان عليه قضاء اربع ركعات والاصل المذكور يساعد
محمدا واعتذر لابي يوسف بان ما حفظه هو قياس مذهب ابي حنيفة لان التحريمة ضعفت بالفساد
بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه **قوله** يعني محمدا وتفسير قوله صلى الله عليه وسلم
لا يصلي بعد صلاة مثلها اورد بعد ذكر ان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل وما ترتب على ذلك من المسائل
الثابتة دليلا على ذلك بما اوله اليه من قوله يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة واما حمله على هذا لانه
ثبت خصوصه بالاجماع فان الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض ويصلي اربعا قبل الظهر ثم الفرض بعده
فيحتاج الى دليل على وجه مستقيم وهو ما ذكره بعض مشايخنا ان المراد به الزجر عن تكرار الجماعة
في المساجد وهو حسن ويكون حجة على الشافعي واستشكل قول المصنف يكون بيانا لفرضية القراءة في ركعات
النفل كلها بانه خبر الواحد فكيف يثبت الفرضية ولئن كان مشهورا فهو مأول كما ذكرنا ولئن قبل بيانا

لمجمل الكتاب فصار كخبر المسح لا يستقيم ايضا لان نص القراءة ليس بمجمل ولو كان مجملا لكان قراءة الفاتحة
فرضا واجيب بانه قال بيان الفرضية ويجوز ان تكون الفرضية ثابتة لقوله تعالى فاقرءوا على ما تقدم
والحديث لبيان انها فرض في التطوع ركعة ركعة **قال** ويصلي النافلة قاعدا يجوز للقادر
على القيام ان يصلي النافلة قاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم
سماه صلاة ولا يخلو اما ان يكون المراد ما كان بعذر او بغير عذر لا سبيل الى الاول لان ذا العذر وصلاة
القائم سيان في الثواب فتعين ان يكون بغير عذر ولا يخلو اما ان يكون المراد بها الفرض او التطوع
لا سبيل الى الاول بالاجماع فتعين الثاني ولانه خير موضوع اي مشروع لكن مرفوع عنكم لكونها
غير واجبة وما كان بهذه المثابة لا يشترط فيه ما قد يفضي الى تركه لان ما يفضي الى ترك الخير لا يكون خيرا
ترك القيام قد يفضي الى ذلك لانه ربما يشق على المصلي فلا يشترط كيلا ينقطع به اي بسببه عن الخير واختلفوا
في كيفية القعود روى محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يقعد كيف يشاء لانه لما جاز له ترك اصل القيام
فترك صفة القعود وعن ابي يوسف انه يحتبي لان عامة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في اخر عمره
كان محتبيا وعن محمد انه يتربع لانه اعدل وعن زفر انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد وهو الذي اختاره
الفقيه ابو الليث وشمس الائمة السرخسي والمصنف رحمهم الله لانه عهد مشروع في الصلاة وان افتتحها
قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهو استحسان وعندهما لا يجوز وهو قياس
لان الشروع عندنا معتبر بالنذر في الالزام ولو نذر ان يصلي قائما لم يجز له ان يصلي قاعدا فكذا
اذا شرع قائما ولابي حنيفة رحمه الله ما تقدم ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة لما شرع
فيه الا به كالركعة الثانية وههنا لما شرع فيه وهو الركعة الاولى قائما صحة بدون القيام في الثانية
بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر فلا يكون الشروع في الاولى قائما موجبا للقيام في الثانية
بخلاف النذر لانه التزم القيام نصا بتسميته فيلزمه حتى لو لم ينص على القيام في الثانية بخلاف ما
لانه التزم القيام في نذره لم يلزمه القيام عند بعض المشايخ قال الفقيه ابو جعفر الهندواني
لا رواية فيما اذا نذر ان يصلي صلاة ولم يقل قائما ولا قاعدا اما ذا يجزئ قائما او قاعدا ثم اختلف
المشايخ قال الامام فخر الاسلام رحمه الله يلزمه القيام لانه في النفل وصف زائد فلا يلزم الا بالشرط
وقال بعضهم يلزمه قائما لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وانما اوجبها الله تعالى اوجبها
قائما وفي قوله حتى لو لم ينص الى اخره نظر لانه لا يستقيم في الاستدلال على قول ابي حنيفة اخذ قول بعض
من تاخر عنه بازمنة كثيرة واعلم ان الدليل المذكور في الكتاب يفيد انه لو قعد في الركعة الاولى
بعد افتتاحها قائما لا يجوز لان الشروع يلزم ما باشره وما باشر الا قائما وذكر في الفوائد الظهيرية
ما يدل على جوازه حيث قال المتطوع في الابتداء كان له الخيرة بين الافتتاح قائما وبين الافتتاح
قاعدا فكذا لك في الانتهاء بالطريق الاولى لان حكم الابتداء امره اخف بدليل ان الامام لا يجوز له ان
يبنى الجمعة بالاجماع ويجوز البناء وفيه نظر لان كون البقاء اسهل من الابتداء من المسلمات لا نزاع فيه لكن عادة
اصل اخر وهو ان الشروع فيما باشر يلزمه **وقوله** ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته يعني سواء
كان لعذر او بغيره توجه عند افتتاح الصلاة الى القبلة او لم يتوجه لاطلاق المروي وكذلك لا فرق
بين ان يكون على دابته في موضع جلوسه او في ركابه نجاسة او لا لان الركوع والسجود اذا سقطا مع كونهما
ركنين فلان تسقط طهارة المكان وهو شرط اولى وفيه نظر لانه يستلزم جوازه بلا وضوء وهو باطل
ولا يلزم من سقوط الشيء الى خلف سقوط ما لا خلف له فكان ما قال محمد بن مقاتل وابو حفص الكبير رحمهما الله
اذا كانت النجاسة في موضع الجلوس او الركابين اكثر من قدر الدرهم لا يجوز الصلاة هو القياس اعتبارا للصلاة

على الدابة بالصلاة بالارض وان كانت عامة المشايخ على الجواز للضرورة وما في الكتاب ظاهر وقوله
واما الفرائض فمخصصة بوقت اشارة الى ان الفريضة لا تجوز على الدابة فلا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة
الا من عذر كخوف اللص والسبع وطين المكان وكون الدابة جموحا وكون المسافر شيخا كبيرا لا يجد من يركبه
وقوله بهرت لسنة الفجر قال ابن شجاع يجوز ان يكون هذا البيان الاولى يعني ان الاولى ان لا يترك ركعتي
الفجر وقوله يعني شرائط السفر اشارة الى ما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان جواز التطوع
على الدابة للمسافر خاصة لان الجواز بالايما للضرورة ولا ضرورة في الحضر والصحيح ان المسافر وغيره
سواء بعد ان يكون خارج المصر واختلف في مقدار البعد عن المصر والمذكور في الاصل مقدار الفرسخين وقدر
بعضهم بالميل ومنع الجواز في اقل منه وقوله والجواز بالنصب معطوف على قوله اشتراط قوله التخصيص
بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص وفي الروايات وذكر في الهارونيات ان عند ابي حنيفة لا يجوز
التطوع على الدابة في المصر لان النص ورد خارج المصر على خلاف القياس والمصر ليس في معناه لان السير
على الدابة فيه لا يكون مديدا عادة فرجعنا فيه الى القياس وعن ابي يوسف لا باس به لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم ركب الحمار في المدينة نحو سعد بن عبادة وهو يصلي عليه وحكي ان ابا يوسف احتج به على ابي حنيفة
فلم يرفع راسه قيل انما لم يرفع راسه رجوعا منه الى الحديث وقيل بل هذا حديث شاذ فيما تعم به البلوى فلا يكون
حجة ومحمد يجوزه بالحديث لكنه كره لان اللغط يكثر في المصر فلا يومن الغلط في القراءة ومن افتتح التطوع راكبا
ثم نزل يبني فانه صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل فانما قيد بقوله صلى ركعة نظرا الى الاتفاق فانه لو لم يصل
ركعة فالحكم كذلك وتقرير دليله محتاج الى نقل مقدمة هي ان بنا بعض الصلاة على بعض انما يجوز اذا كانا
متناولي تحريمة واحدة واما اذا لم يكونا كذلك فلا يجوز واذا ظهر هذا فاحرام الراكب انعقد مجوزا للركوع
والسجود لقدرته على النزول بلا مسقط فكان ما صلى بايما وهو راكب وما يصلي بعد النزول بالركوع والسجود تحت
تحريمة واحدة فجاز بنا احدهما على الاخر واذا اتى بهما اي بالركوع والسجود صح واحرام النازل لم ينعقد الا موجبا
للركوع والسجود لانه لا يقدر على الركوب بلا مسقط لكونه عملا كثيرا فلا يكون ما صلى نازلا بركوع وسجود وما يصلي
بعد الركوب بايما موجبي تحريمة واحدة فلا يجوز بناؤه عليه لانتفاء القدرة على الركوب بعد الافتتاح من غير
مبطل ممكن برفعه شخص فيضعه في السرج وضعا لان الاقتدار على الشي في التكليف انما يعتبر بقدرة المكلف
لا بقدرة غيره وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا لان في البنا بنا القوي على الضعيف والجواب
بما ذكرنا من المقدمة فان احرام المريض العاجز عن الركوع والسجود لم يتناولهما لعدم القدرة عليهما فصار
كاحرام النازل فلا يجوز بنا ما لم يتناوله احرامه على ما تناوله بخلاف الراكب اذا نزل فكانه هذا من باب
تخصيص العلل فمن جوزه فذاك ومن لم يجوزه يلتجي الى الحلم المعلوم في اصول الفقه وعن محمد اذا نزل بعد
ما صلى ركعة يستقبل لانه صار صلاة فلا يبني فيها القوي على الضعيف واما اذا لم يصلها فهو مجرد تحريمة وهو
شرط والشرط المنعقد للضعيف شرط للقوي ايضا كالطهارة للنافلة طهارة للفريضة فليس فيها
بنا قوي على ضعيف والاصح هو الظاهر وهو ان الراكب اذا نزل بنى والنازل اذا ركب استقبل لما ذكرنا

فصل في قيام شهر رمضان

ذكر التراويح في فصل على حدة باختصاصها
بما ليس بمطلق النوافل من الجماعة وتقدير الركعات وسنة الختم وترجم بقيام رمضان اتباعا للفظ
الحديث قال عليه الصلاة والسلام ان الله فرض عليكم صيامه وسننت لكم قيامه والترويحة اسم لكل اربع
ركعات فانها في الاصل ايصال الراحة وهي الجلسة ثم سميت الاربع ركعات في اخرها الترويحة وقوله
ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة يعني في حق الرجال والنساء وفيه نظر لانه قال يستحب ان يجتمع
الناس وهذا يدل على ان اجتماع الناس مستحب وقوله لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون

رضي الله عنهم انما يدل على سنيتها لقوله صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين
من بعدي فان قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي صلى الله عليه وسلم ولم يواظب اجاب بانه بين
صلى الله عليه وسلم العذر في تركه المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا روي انه صلى الله عليه وسلم خرج
ليلة من ليالي رمضان وصلى عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس فخرج وصلى بهم عشرين
ركعة فلما كانت الثالثة كثر الناس فلم يخرج وقال عرفت اجتماعكم لكني خشيت ان تكتب عليكم فكان
الناس يصلونها فرادى الى زمن عمر رضي الله عنه فقال عمر اني ارى ان اجمع الناس على امام واحد فجمعهم على ابي بن
كعب فصلى بهم خمس ترويحات عشرين ركعة وقوله والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة
كان من حقه ان يقول والمستحب في الانتظار بين الترويحتين لانه اسلم لتعبارة اهل الحرمين على ذلك
واهل الحرمين لا يجلسون فان اهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين سبوعا واهل المدينة يصلون بدل
ذلك اربع ركعات واهل كل بلدة بالخيار يسبحون او يهللون او ينتظرون سكوتا وانما يستحب الانتظار
بين كل ترويحتين لان التراويح ماخوذ من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للمسمى واستحسن البعض الاستراحة
على خمس تسليمات وهو نصف التراويح وليس بصحيح اي مستحب وقوله ووقتها اي وقت بعد العشاء
قبل الوتر قال عامة المشايخ فان صلاها قبل العشاء او بعد الوتر لا يكون تراويح لانها عرفت بفعل الصحابة
فكان وقتها ما صلوا فيها وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر وذهب متاخروا مشايخ بلخ الى ان جميع الليل
الى طلوع الفجر قبل العشاء وبعده وقتها لانها سميت قيام الليل فكان وقتها الليل والاصح ان وقتها
بعد العشاء قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء فلو صلى قبل العشاء لا يكون تراويح ولو صلى بعد الوتر
جاز وقوله ولم يذكر قدر القراءة ظاهر وقال بعضهم يقرا في كل شفع مقدار ما يقرا في صلاة المغرب
لان التطوع اخف من المكتوبة فيعتبر باخف المكتوبات قراءة وقال بعضهم يقرا مقدار ما يقرا في صلاة
العشاء لانها تبع لها وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقرا في كل ركعة عشر ايات وهو الصحيح لان فيه
تخفيف على الناس ويحصل به السنة لان عدد الركعات في ثلاثين ليلة ستمائة واي القران ستة
الاف وشي فاذا قرا في كل ركعة عشر ايات يحصل الختم وقوله بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات
يعني اذا علم ان قراءتها تثقل على القوم يتركها وينبغي ان ياتي بالصلوات لكونها فرضا عند الشافعي
فيحتاط فيه لا الدعوات وقوله ولا يصلي الوتر بجماعة ظاهر واما الوتر بجماعة في رمضان فهو افضل
لان عمر رضي الله عنه كان يومهم في الوتر وذكر ابو علي النسفي ان علماءنا اختاروا ان يوتر في رمضان
في منزله ولا يوتر بجماعة لان الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كاجتماعهم على التراويح
فان ابي بن كعب ما كان يؤمهم فيها ونية التراويح بمطلق النية وبنية التراويح او سنة الوقت افضل

باب ادراك الفريضة

لما فرغ عن بيان الفريضة والواجبات
والنوافل شرع في بيان الاداء الكامل وهو الاداء بالجماعة ومن صلى ركعة ثم اقيمت اي شرع
الامام في الصلاة يصلي اخرى صيانة للمودى عن البطلان لان الشارع منهي عنها ثم يدخل مع القوم
احرازا لفضيلة الجماعة كما لو شرع في الظهر ثم اقيمت الجمعة فان قيل كيف يجوز ابطال صفة
الفرضية لاقامة السنة اجيب بان النقض ليس لاقامة السنة بل لاقامة الفرض على وجه اكمل فان
قال النقض للاكمال اكمال كهدم المسجد للبنا والصلاة بالجماعة تفضل على المنفرد بسبع وعشرين
درجة فيجوز النقض لادراك ذلك فان قيل كيف يستقيم هذا على مذهب محمد فان الاصل عنده
ان صفة الفرض اذا بطلت بطل اصل الصلاة على ما سياتي فلا يكون المودى مصونا عن البطلان
اجيب بان ذلك مذهبه فيما اذا لم يتمكن من اخراج نفسه عن عهدة ما عليه بالمضي فيهما كما اذا قعد

الخامسة بالسجدة وهو لم يقعد في الرابعة وها هنا يمكن تدارك ذلك وفرق بينهما بانه ابطال صفة الفرضية
لاحراز الجماعة باطلاق من الشرع لانه جاز قطعها لحطام الدنيا حتى قيل لاجل درهم فلان يجوز لاحراز
الفضيلة اولى بخلاف ابطالها في تلك الصلاة فانه ليس باطلاق من الشرع وان لم يقيد الاولى بالسجدة
يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح واليه مال فخر الاسلام لانه بمحل الرفض يعني له ولانه الربع في
الجملة ما لم يقيد بالسجدة الا ترى ان من قام الى الخامسة ولم يقعد على الرابعة يرفض الخامسة ما لم يقيدها
بالسجدة والقطع للاكمال وهو اكمال وقال بعضهم يصلي ركعتين ثم يقطع واليه مال شمس الائمة لانه ما الى
به ان لم يكن صلاة فهو قربة سليمة الى مستحقها فلا يجوز ابطالها الا ترى انه لو شرع في التطوع ثم اقيمت
الظهر لم يقطع التطوع فالفرض اولى وكذا الجواب ان القطع في محل النزاع للاكمال دون ما ذكرتم واليه اشار
المصنف بقوله والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر
او السنة قبل الجمعة فاقيم للظهر او خطب الامام لقد ولسر مستقيم يقطع على راس الركعتين احرازا
الفضيلة الجماعة يروى عن ابي يوسف وروي في الجمعة عن ابي حنيفة في النوادر وقيل يتمها
لان الاربع قبل الظهر بمنزلة صلاة واحدة كما تقدم وان كان قد صلى ثلاثا من فرض الظهر يتمها لان للاكثر
حكم الكل فيثبت به شبهة الفراغ ولو ثبتت حقيقته لم يحتمل النقض فكذا اذا ثبتت شبهته بخلاف
ما اذا لم يقيد الثالثة بالسجدة لانه محل الرفض كما مر فيقطعها واذا اراد القطع فهو بالخيار ان شاء عاد وقعد
وسلم ليكون صلاته على الوجه المشروع ثم اختلفوا هل يتشهد ثانيا او لا فقيل يتشهد لان القعدة الاولى
لم تكن قعدة ختم وقد صارت فيه تشهد وقيل يكفيه التشهد الاول لانا بالعود الى القعدة ارتفض
القيام وجعل كانه لم يوجد اصلا فكانت هذه القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها ويسلم تسليمتين عند
بعضهم لانه المعهود في التحلل وقيل تسليمة واحدة لان التسليمة الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه
وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلاة الامام لانه مسارعة الى ادراك الفريضة وقال شمس الائمة
الحلواني لو لم يقعد الى القعدة فسدت صلاته وهو المذكور في النوادر واختاره شمس الائمة السرخسي
لان القعدة الموجودة لم تقع فرضا وصار ركعتاه وما انقلبتا نفلا لم يكن لهما بد من القعدة المفروضة وقال
فخر الاسلام الاصح ان يكبر قائما لانه لا يتم صلاته فاذا كبر قائما ينوي الشروع في صلاة الامام يقطع الاولى حكم
شروعه في صلاة الامام ثم هو مخير ان شاء رفع يديه وان شاء لم يرفع وقوله واذا اتمها فيدخل مع القوم تطوعا
قوله يتمها وقوله ويدخل مع القوم الدخول ليس بحتم لان الذي يصلي معهم نافلة ولا الزام فيها
والافضل الدخول لانه وقت مشروع ويندفع عنه تهمة انه ممن لا يرى الجماعة فان قيل يلزم اداء
النفل بجماعة خارج رمضان وهو مكروه اجيب بان الكراهة اذا كان الامام والقوم متنفلين واما
اذا كان الامام مفترضا فلا كراهة روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرغ من الظهر فرأى رجلين
في اخر الصفوف لم يصليا معه فقال علي بهما فاتي بهما وفرائصهما ترتعد فقال لم لم تصليا معنا فقالا
كنا قد صلينا في رحالنا فقال عليه السلام اذا صليتما
في رحالكما ثم اتيتما صلاة قوم فصليا معهم واجعلا صلاتكما معهم سبحة اي نافلة وقوله فان
صلى من الفجر ركعة كلامه واضح وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف انه يصلي
اربعا ثلاثا مع الامام وركعة بعد ما فرغ الامام لان مخالفة الامام لحاجة لا تمنع لانه اذا اقتدى
اذا اقتدى بالمسافر وكالمسبوق فانهما يقومان بعد فراغ الامام والجواب على الظاهر انهما يفعلان ذلك
لا دائما عليهما وفيما نحن فيه يفعله لما له والاول اقوى ولا يلزم من جواز المخالفة بامر قوي جوازها
لامر ضعيف وقوله ومن دخل مسجدا قد اذن فيه تفصيل وذلك انه من دخل مسجدا قد اذن فيه

فاما ان يكون

فاما ان يكون قد صلى او لم يصل فان لم يصل فاما ان يكون مسجد حيه او لا فان كان يكره له ان يخرج قبل
الصلاة لان المؤذن دعاه ليصلي فيه وان لم يكن فان صلوا في مسجد حيه فلذلك لانه صار بالدخول
فيه من اهله وان لم يصلوا فيه وهو يخرج لان يصلي فيه لا باس به لان الواجب عليه ان يصلي في مسجد
حيه وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا باس بالخروج الى اخرها ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله
يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد اما انه يصلي وان كانت الجماعة قامت لان سنة الفجر من اقوى السنن
وافضلها قال عليه السلام صلوهما وان طردتكم الخيل وقال عليه السلام ركعتا الفجر خير من الدنيا
وما فيها وادراك ركعة من الفجر كادراك الكل قال عليه السلام من ادرك ركعة من الفجر فقد ادرك الصلاة
فاذا كان جمعا بين الفضيلتين واما انه يصلي عند باب المسجد فلانه لو صلاهما في المسجد كان متنفلا فيه عند
اشتغال الامام بالفريضة وهو مكروه فانه لم يكن على باب المسجد موضع للصلاة يصليهما في المسجد خلف سارية
من سواري المسجد واشدها كراهة ان يصليها مخالطا للصف مخالفا للامام والجماعة والذي يلي ذلك خلف الصف
من غير حائل بينه وبين الصف والوقت المستحب لها قيل كما طلع الفجر لوجود السبب وقيل بالقرب من
الفرض لانها تبع له وقوله وان خشي فوتهما يشير الى انه ان كان يرجو ادراك القعدة يدخل مع الامام
وحكي عن ابي جعفر انه على قول ابي حنيفة وابي يوسف يصلي ركعتي الفجر لان ادراك التشهد عندهما كادراك
الركعة اصله مسألة الجمعة والفقيه اسماعيل الزاهد كان يقول ينبغي ان يشرع في السنة فيقطعها ويدخل
مع القوم حتى يلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر وزيفه الامام السرخسي بان ما وجب بالشروع
ليس باقوى مما وجب بالنذر وقد نص محمد ان المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع وبان هذا امر بالافتتاح
على قصد ان يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا واقول ان اراد الفقيه بقوله بعد الفجر قبل طلوع الشمس
في التزييف موجه وان اراد بعده فلان القصد للقطع نقض للاكمال فلا باس به وقوله لان ثواب الجماعة
افضل واعظم لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال صلاة الجماعة افضل من صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة
وقوله والوعيد بالترك الزم يريد به ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لقد هممت ان
استخلف من يصلي بالناس وانظر الى من لم يحضر الجماعة فامر الفتيان ان يحرقوا عليهم بيوتهم وقوله في الحال الذي يرتب
بها حال خوف فوت كل الفرض وحاله خوف فوت البعض وقوله هو الصحيح احتراز عن قول [illegible]
انه لا يقضيهما وهذا عند محمد لانه عليه السلام قضاهما بعد [illegible] قبل الظهر فقضاهما بعده روته عائشة
رضي الله عنها وقوله ولا كذلك سنة الفجر يعني لم يكن اداؤها بعد الفرض فحصل الترك وقوله
هو المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني قوله عليه السلام [illegible] بالصلاة والجماعة [illegible]
او ما روي [illegible] سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] كان في بيته قال واذا فاتته ركعتا
الفجر [illegible] ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه [illegible] مطلقا اذا السنة ما اداها رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولم يثبت [illegible] في غير الوقت على الانفراد وانما قضاها تبعا للفرض غداة ليلة التعريس
[illegible] وهو اي النفل المطلق مكروه بعد الصبح وقوله وكذا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يقضيها [illegible] لا يقضيها [illegible] في الحقيقة لانها [illegible] عليه
القضاء وان لم يفعل فلا باس به [illegible] محمد يقول احب الي ان يقضي وان لم يفعل فلا شيء عليه ومنهم من حقق الخلاف وقال
الخلاف في انه لو قضى كان نفلا مبتدأ او سنة وقوله لاختصاص القضاء بالواجب لان القضاء تسليم مثل
الواجب الامر والاداء واضح وقوله ثم ما بعده اختلاف المشايخ اي مشايخ ما وراء النهر قال بعضهم
يقضيهما تبعا ولا يقضيهما مقصودة وقال بعضهم لا يقضيهما مطلقا لان الاثر [illegible] في الوقت المهمل
على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره [illegible] وهو الصحيح وقوله واما [illegible] سواها اي سوى

سنة الفجر وفي بعض النسخ سواهما اي سوى ركعتي الفجر لا يقضي بعد الوقت وحدها في قضايها تبعا للفرايض
اختلف المشايخ قال بعضهم يقضيها لانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وفيه نظر لان مثل هذا التبع
تبعا لا ضمنا وقال بعضهم لا يقضيها لاختصاص القضا بالواجب وهو الصحيح **قوله** ومن ادرك من
الظهر ركعة من ادرك ركعة من الصلاة الرباعية ولم يدرك الثلاث لم يصل تلك الصلاة بجماعة باتفاق
بين اصحابنا رحمهم الله وادرك فضل الجماعة اي صار محرز الثواب صلاة صليت بالجماعة باتفاق ايضا
بينهم وعلى هذا لا يكون تخصيص قول محمد بادراك فضل الجماعة غير مفيد واجيب عن ذلك بانه انما
خصه لدفع ما عسى يتوهم على قوله في الجمعة ان من ادرك الامام في التشهد ليس بمدرك للجمعة فيصليها
اربعا انه لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسئلة لانه مدرك بالذكر ولهذا التفريع على ذلك بالاتفاق
قال في الجامع الصغير اذا قال عبده حر ان صلى الظهر بجماعة فسبق ببعضها لم يحنث لانه لم يصل
الكل معهم لانفراده بالبعض ولو قال ان ادرك الظهر حنث وان ادركهم في التشهد لان المدرك لاخر الشيء
مدرك لذلك الشيء فلما كان مدركا للجماعة بادراك ركعة كان مدركا لثوابها **قال** ومن اتى مسجدا
قد صلي فيه اذا فاتت الجماعة رجلا ودخل مسجدا قد صلى فيه المكتوبة في مسجد بلية فلا باس بان يتطوع
قبل المكتوبة ما بدا له من السنن الرواتب وغيرها ما دام في الوقت وفي الوقت سعة اما اذا لم يكن يبدا
بالمكتوبة لئلا يفوته الفرض عن وقته قيل هذا اي قول محمد لا باس بان يتطوع انما هو في غير سنة الظهر والفجر
لان التطوع قبل العصر والعشا مندوب اليه والناس في خيرة بين اتيانه وتركه فاذن لا باس بالتطوع
قبلهما واما التطوع قبل الفجر والظهر فاكد من ذلك لان لهما زيادة مزية قال صلى الله عليه وسلم
صلوهما وان طردتكم الخيل في الامر الندب بدليل التاكيد بقوله وان طردتكم الخيل والامر للندب قال عليه
السلام من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وهو وعيد عظيم ودلالته على وكادة الاربع اقوى
من الاول وهذا قول فخر الاسلام وشمس الايمة السرخسي وصاحب المحيط وقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي
رحمهم الله وقيل هذا اي قول محمد لا باس بان يتطوع في الجميع لانه صلى الله عليه وسلم انما واظب عليها عند
اداء المكتوبات بجماعة ولا سنة دون المواظبة فان صلى لا يكون سنة انما يكون تطوعا وهو قول صدر
الاسلام ومثله مروي عن الحسن بن زياد والكرخي قال المصنف والاولى ان لا يتركها اي السنن الرواتب
في الاحوال كلها يعني سواء صلى بالجماعة او منفردا او مقيما او مسافرا هكذا فعل الخلفا الراشدون وكبار
الصحابة والتابعون ولان المنفرد احوج اليها لافتقاره الى تكميل الثواب الا اذا خاف فوت الوقت فانه بسبيل
من تركها **قوله** ومن انتهى الى الامام اي ادركه في ركوعه فكبر يعني تكبيرة الاحرام وقيده بالركوع لانه اذا
انتهى اليه وهو قايم فكبر ولم يركع معه حتى رفع الامام راسه من الركوع لا يكون مدركا لتلك الركعة بالاجماع
واما اذا انتهى اليه وهو راكع فكبر ولم يركع معه سواء كان متمكنا من الركوع او لم يكن وهو مسئلة الكتاب
لا يصير مدركا لها عندنا خلافا لزفر وهو قول سفيان الثوري وابن ابي ليلى وعبد الله بن المبارك قالوا
ادرك الامام فيما له حكم القيام لان الركوع يشبه القيام حقيقة لان القايم يفارق القاعد في انتصاب
النصف الاسفل وهو موجود في الركوع وحكما لانه ياتي فيه بتكبيرة العيد التي يوتى بها في حقيقة القيام وهذا
النوافل انما يتم اذا ثبت انه ادركه فيما له حكم القيام كما ادركه في حقيقة القيام وهو ممنوع ولنا ان ما
نقد مراد الاقتدا اشركه في افعال الصلاة ولم يوجد في القيام وهو ظاهر ولا في الركوع وكون الركوع يشبه
القيام حكما غير معتبر هاهنا لحديث ابن عمر رضي الله عنهما اذا ادركت الامام راكعا فركعت قبل ان يرفع راسه
فقد ادركت تلك الركعة وان رفع قبل ان تركع فقد فاتتك تلك الركعة ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام
فيه جاز فعله ذلك ولا تفسد به صلاته وان لم يقر الركوع وقال زفر لا يجوز اي الصلاة ان لم يعد الركوع لان

ما اتى

ما اتى به قبل الامام غير معتد به لكونه منهيا عنه قال عليه السلام انما جعل الامام اماما ليوتم به
فلا تختلفوا عليه فكذا ما يبنيه عليه لانه البنا على الفاسد فاسد فصار كما لو رفع راسه من هذا
الركوع قبل ركوع الامام ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد قد وجد فيجعل مبتدا الابتنا عليه
فصار كما في الطرف الاول وهو ان يركع معه ويرفع راسه قبل الامام وهذا لان للركوع طرفين المشاركة
في احدهما كافية بخلاف ما لو رفع راسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام لانه لم توجد المشاركة في شيء
من الطرفين والله اعلم

باب قضا الفوايت

لما فرغ من بيان احكام الادا
وما يتعلق به وهو الاصل شرع في بيان احكام القضا وهو الخلف عنه ومن فاتته صلاة او فوايت عامدا
وجب عليه قضاوها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوايت وفرض الوقت
مستحق عندنا وقال الشافعي هو مستحب فلا يجب عليه تقديم الفايتة على الوقتية لان كل فرض اصل
بنفسه فلا يكون شرطا لغيره لان الشرطية تبع فكان بين اصالته وتبعيته منافاة ونوقض بالايمان فانه اصل
الفروض وهو شرط لسائر العبادات والصوم فانه فرض مستقل وهو شرط للاعتكاف الواجب
بالاتفاق واجيب بان الاصل ان الشيء اذا كان مقصودا بنفسه لا يكون شرطا لغيره لما ذكرنا من المنافاة الا اذا
دل الدليل على كونه شرطا لغيره فيجعل شرطا له مع بقايه مقصودا وما ذكرتم من ذلك فان الله تعالى قال
لمن يعمل من الصالحات وهو مومن فان الاحوال شروط وقال صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم
فكانا شرطين بهذين النصين ويندفع المنافاة باختلاف الجهة فقلنا ومن ذلك محل النزاع لحديث ابن عمر
رضي الله عنه من نام عن صلاة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها
ثم ليعد التي صلى مع الامام ودلالته على وجوب الترتيب ظاهرة حيث امر باعادة ما هو فيها عند التذكر
وفيه بحث من اوجه الاول انه متروك الظاهر لانه يدل على وجوب القضا على النايم والناسي والوجوب
ثابت على من فوت الصلاة عمدا ايضا بالاجماع ومتروك الظاهر لا يكون حجة لا سيما في افادة الفرضية
لا يقال يدل على ذلك بدلالة لانه لما وجب على المعذور فعلى غيره اولى لان ذلك انما يستقيم ان لو كان قضا
الفايتة عقوبة وليس كذلك بل هو رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره الثاني
انه خبر واحد لا يعارض المشهور فانه يجوز ان ثبت به كما زالت الشمس فلو كان الترتيب فرضا لما روينا
بطل ما ثبت بالمشهور والثالث انكم عملتم بهذا الحديث ولم تعملوا بخبر الفاتحة وهما خبر واحد فكان
تناقضا الرابع ان الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوايت وشرايط الصلاة لا تسقط بشيء
من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة والجواب عن الاول ان قضا الصلاة رحمة والنبي صلى الله عليه
وسلم موصوف بالرافة بالمومنين ومن رافته ان يوجب على المفرط ما يتدارك به تفريطه بطريق الاولى
وعن الثاني بانا ما ابطلنا به العمل بالمشهور بل اخرناه عملا بالحديث الاخر احتياطا وكان ذلك اهون من
اهمال العمل بخبر الواحد اصلا على انهم قالوا انه ليس بخبر واحد بل هو مشهور تلقته الايمة بالقبول فانهم
اجمعوا على وجوب القضا الثابت به وعن الثالث بان العمل بخبر الفاتحة على وجه يلزم فساد الصلاة
بتركها يوجب نسخ **قوله** تعالى فاقرءوا ما تيسر من القران وذلك لا يجوز كما تقدم بخلاف صورة
النزاع فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعا وذلك لان **قوله تعالى** اقم الصلوة لدلوك الشمس يدل
على ان هذا الوقت وقت الظهر ولا يتعرض لتقديم الفايتة عليه لا نفيا ولا اثباتا وخبر الترتيب يدل على
التقديم فعملنا بهما وعن الرابع بان وقت النسيان ليس بوقت للفايتة لا ادائها وقت التذكر وهو ناس
واما ضيق الوقت فلم يكن منافيا له الحديث لانه جعل قضاء الفايتة شرطا لجواز اداء الوقتية انما هو للتدارك
الفايتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم يكن شرطا عند ضيق الوقت واما كثرة الفوايت فلانها

في معنى ضيق الوقت لان الاستحالة مع كثرتها يفضي الى تفويت الوقتية الثابتة بالكتاب
خبر الواحد وقد ظهر ما ذكرنا. قوله ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية. وقوله ولو قدم
الفائتة جاز لعله هذا وهو تقديم الفائتة لان المنهي عن تقديمها المعنى في غيرها اراد النهي الذي
يستفاد من الامر واضح هذا المعنى في المبسوط فقال لو بدا بالفائتة جاز بخلاف الاول فانه هنالك هو
مامور بالبداءة بالفائتة ولو بدا بفرض الوقت لم يجزه لان النهي عن البداءة بفرض الوقت هنالك لمعنى
في عينها الا ترى انه له ان يبدا بالتطوع لانعدام الموجب للنهي فيمنع الجواز وهذا وههنا النهي عن البداءة
بالفائتة ليس لمعنى في عينها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت الا ترى انه ينهى عن الاشتغال بالتطوع ايضا
لوجود ذلك المعنى الموجب للنهي والنهي متى ما لم يكن لمعنى في عين المنهي لا يمنع جوازه. قال ولو فاتته
صلاة رتبها في القضا هذه المسئلة لبيان ان الترتيب كما انه فرض بين الوقتية والفائتة فكذلك بين
الفوائت نفسها فاذا فاتته صلوات رتبها في القضا كما وجبت في الاصل لان النبي صلى الله عليه وسلم شغل
عن اربع صلوات يوم الخندق اي يوم حفره فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي امر بالتشبيه
مطلقا والكامل منه ما يقع على كميه وكيفيه فدل ان الاداء بوصف الترتيب شرط وانما لم يقل كما
صليت لبسو. وقوله الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات استثنا من قوله رتبها في القضا ومعناه
الا ان تصير الفوائت ستا واختلف الشارحون في كلامه لان ظاهره لا يفيد هذا المعنى لاستلزامه ان
تكون الفوائت سبعا بل تسعا لانه ذكر الفوائت بلفظ الجمع والزيادة غير المزيد عليه والمزيد عليه ست
فيصير المجموع تسعة فقال صاحب النهاية المراد من الصلوات اوقاتها فان فوت الصلوة السابعة
ليس بشرط بالاجماع ورد بانه يقتضي ان تزيد الفوائت على ست اوقات وذلك انما يكون بفوت السابعة
وليس بمراد وقيل اراد اوقات الفوائت بحذف المضاف ورد بانه وليس بمراد وقيل اراد بالفوائت الاوقات
ومعناه الا ان تزيد الاوقات على ست صلوات ورد بتسليمه وما تقدم عليه من الوجهين وهو ان الزيادة
لابد وان يكون من جنس المزيد عليه وذلك متعذر ومر في هذه التاويلات كلها كما ترى والحق ان يقدر مضافا
ويقدره الا ان تزيد اوقات الفوائت على اوقات ست صلوات بحسب دخول الاوقات دون تخريجها وانما
سقط الترتيب بين الفوائت بكثرة الفوائت لان الكثرة لما افادت سقوطه في اغيارها فلان يفيده في نفسها
اولى وقيل لعدم القائل بالفصل. وقوله وحد الكثرة ظاهر مما ذكرنا الا ان قوله لان الكثرة بالدخول في
حد التكرار فيه كلام وهو ان الكثرة امر اضافي يجاز اطلاقها على ما هو زايد مما هو دونه فلا وجه الدخول في
حد التكرار فيه كلام ويجوز ان يقال اصل ذلك القضا بالاغما وقد ثبت ان عليا رضي الله عنه اغمي عليه اقل من
يوم وليلة فقضى الصلوات وعمار بن ياسر اغمي عليه يوما وليلة فقضاهن وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما
اغمي عليه اكثر من يوم وليلة فلم يقضهن فدل على ان التكرار معتبر. وقوله ولو اجتمعت الفوائت القديمة
والحديثة صورته رجل ترك صلاة شهر سفها ومجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل باداء الصلوات في مواقيتها
فقبل ان يقضي تلك الفوائت ترك صلوات دون الست وصلى صلاة اخرى وهو ذاكر لهذه المتروكة الحديثة
قال بعض المتاخرين من مشايخنا يجوز هذه الصلوات لكثرة الفوائت والاستحالة بالحديثة وليس باولى
من الاشتغال بتلك والاشتغال بالكل يفوت الوقتية عن وقتها قال في النهاية وعليه الفتوى وقال
بعضهم لا يجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون وان الانقضاء المعصية وسيلة الى التيسير والتخفيف
. وقوله ولو قضى بعض الفوائت صورته ان يترك الرجل صلاة شهر ثم يقضيها الا صلاة او صلاتين
ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليها هل تجوز الوقتية ولم تخرج عن محمد فيه روايتان ومال الى عدم
الجواز الفقيه ابو جعفر واختاره بعض المشايخ والمصنف ومال الى الجواز ابو جعفر الكبير واختاره من المشايخ

فخر الاسلام وشمس الائمة وصاحب المحيط وقاضي خان فقال في النهاية وعليه الفتوى ووجهه ان
الترتيب قد سقط بكثرة الفوائت والساقط لا يعود كما عس قليل داخله عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم
عاد الى القلة لا يصير نجسا قال المصنف رحمه الله عن الاول وهو الاظهر يعني دراية ورواية اما دراية
فلان علة السقوط الكثرة المفضية الى الحرج ولم يبق بالعود الى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته فكان كحق
الحضانة اذا اسقط بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فان الحق يعود واما رواية فلما روي عن محمد رحمه الله
فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل اي شرع يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال
سواء قدمها على الوقتيات او اخرها عنها والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة
لانه متى ادى صلاة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات الا انه لما قضى متروكة بعدها عادت
المتروكات خمسا ثم لا يزال هكذا فلا يعود الى الجواز وان اخرها اي اخر الوقتيات فكذلك ان لا يجوز الوقتيات
الا العشاء الاخير فانها جائزة اما فساد ما ورا العشاء الاخيرة من الوقتيات فلانه كلما صلى فائتة عادت الفوائت
اربعا فتفسد الوقتية ضرورة واما الجواز للعشاء الاخيرة فلما ذكره انه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها والظن
متى لاقى فصلا مجتهدا فيه وقع معتبرا وان كان خطأ والترتيب لا يوجبه الشافعي فكان موافقا الرواية وصار كما اذا عفى
احد من له القصاص وظن صاحبه ان عفو صاحبه غير مؤثر في حقه فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه وان علم ان عفوه
يبطل حقه لكن كان متاولا ومجتهدا في ذلك صار ذلك الظن مانعا وجوب القصاص كذا في المبسوط ونوقض بما اذا
صلى الظهر على غير وضوء ناسيا ثم صلى العصر على وضوء ذاكرا للظهر وهو يحسب انه يجزيه فعليه ان يعيدهما
جميعا وعلى قياس ما ذكرها هنا انه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها كان ينبغي ان لا يجب عليه قضا
العصر ثانيا لما انه لما قضى الظهر فقد وقع في ظنه انه قضى جميع ما عليه ولم يبق عليه شي من الفائتة والترتيب
غير واجب على مذهب الشافعي فكان ظنه ايضا موافقا لمذهبه كما ذكرتم واجيب بان فساد الصلاة بترك
الطهارة فساد قوي مجمع عليه فظهر اثره فيما يؤدي بعده واما فسادها بترك الترتيب فضعيف مختلف
فيه فلا يتعدى حكمه الى صلاة اخرى. وقوله ومن صلى العصر مسئلة الترتيب ولكن ذكرها هنا تمهيد اللاكثر
المذكور بعدها وهي ضيق الوقت لان الاصل الوقت والوقت المستحب يحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه عند
ابي حنيفة وابي يوسف الاعتبار باصل الوقت وعند محمد بالوقت المستحب وعلى هذا [illegible] المسئلة
انه لو امكنه اداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس [illegible] مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه اداء الصلاتين قبل
غروب الشمس سقط الترتيب عندهما خلافا لمحمد [illegible] فيسقط الترتيب بخوف فوت اصل الوقت
وان لم يمكنه اداء الظهر قبل تغير الشمس سقط الترتيب لانه اذا اشتغل بالظهر [illegible] لا يجوز بالاتفاق
لان ذلك الوقت وقت عصر اليوم وليس [illegible]. قوله واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلاة
يعني ينقلب نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد يبطل [illegible]
اذا [illegible] فلم يخرج من الصلاة [illegible] لان التحريمة عقدت للفرض
وهو واضح وكل ما عقد لاجله التحريمة اذا بطل بطلت التحريمة لان التحريمة وسيلة الى تحصيله
واذا بطل المقصود بطل الوسيلة ولهما ان التحريمة عقدت لاجل الصلاة موصوفا بوصف الفرضية
وليس من ضرورة بطلان الوصف [illegible]
فكان كالفصل [illegible] ببطلانه والثاني [illegible] وصف الفرضية [illegible]
انعقدت التحريمة لاجله [illegible]
[illegible]
[illegible] عن الاول ان الوصف لا يجوز ان يكون [illegible]

يجب نقلها والوصف لا يتقدم على الموصوف وعن الثاني بان الوصف متى خلا لما انعقدت له التحريمة لا من حيث تحصيله حتى يكون جزءا من حيث نفي غيره مما يزاحمه في الوقت واذا لم يكن جزءا لا يلزم من انتفائه انتفاء الكل ثم اذا شك العصر فسد فسادا موقوفا عند ابي حنيفة حتى لو صلى ستة صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وقالا لا فساد بانا لا جواز له بحال لان سقوط الترتيب حكم الكثرة وكل ما هو حكم لعلة يتاخر عن علته فسقوط الترتيب انما يكون فيما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها وهو القياس ولابي حنيفة ان الكثرة علة لسقوط الترتيب وقد حصلت فيترتب عليها وهو القياس السقوط وهي كما جاء ان تكون علة لما سبق من الصلوات جاز ان يكون لكل واحد من احادها الا بقاء الكل واحد من احادها جزءها متقدمة عليها فكيف يكون معلولة لها الا تاخرها من حيث الوجود ولا كلام فيه وانما الكلام من حيث الجواز وذلك متاخر لانه لم يكن ثابتا للكل واحد منها قبل الكثرة وهذا استحسانه وهو معنى معقول وثبوت جواز الصلاة وفسادها بطريق التبيين غير عزيز في الشرع الا يرى ان من صلى المغرب بعرفات يتوقف فان افاض الى المزدلفة في وقت العشا ينقلب نفلا ويلزمه اعادتها بعد العشا في المزدلفة وان لم يفض اليها بل توجه من طريق اخر الى مكة صحت وكذلك من صلى الظهر في منزله يوم الجمعة فان سعى اليها قبل فراغ الامام انقلب الظهر نفلا والا بقيت فرضا وكذلك المعتادة اذا انقطع دمها دون عادتها فصلت ثم عاودها الدم تبين انها لم تكن صحيحة وان لم يعاودها كانت صحيحة. وقوله وقد عرف ذلك في موضعه يعني في كتاب الصلاة وقوله ولو صلى الفجر وهو ذاكر ظاهر وقوله ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن يعني ان الترتيب المستحق هو ما يكون بين الفرائض. وقوله وعلى هذا اي على هذا الاختلاف وهو ان الوتر واجب عنده سنة عندهما وقوله فعنده يعيد العشا والسنة دون الوتر فان الوتر اذا كان واجبا عنده صار كانه صلى فرضا بنسيان فرض اخر وعندهما يعيد الوتر ايضا لان دخول وقته بعد اداء العشا على وجه الصحة ولم يوجد فكان مصليا قبل وقته

باب سجود السهو

لما فرغ عن ذكر الاداء والقضاء شرع في بيان ما يكون جابرا لنقصان يقع فيهما وهذه الاضافة اضافة الحكم الى السبب وهي الاصل في الاضافة لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب. وقوله يسجد للسهو ظاهر وقوله فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله اعترض عليه بوجهين احدهما ان في المعارضة بين الحجتين المصير الى ما بعدهما وهاهنا صير الى ما قبلهما وهو القول لانه موجب دون الفعل والثاني انه يلزم الترجيح بكثرة الادلة وهو غير جائز واجيب عن الاول بان ذلك انما يكون اذا لم يكن حجة فوقهما واما اذا كان فقد يصار اليه وهو خلاف ما عليه اهل الاصول كلهم وعن الثاني بانا لم نجعل القول مرجحا للفعل حتى يلزم ذلك وانما جعلناه حجة بعد تعارض الفعلين وتهاترهما وقال مالك اعمالا الفعلين جميعا لانهما دليلان صحيحان فيحمل ما رواه الشافعي على ما كان السهو بالنقصان وما رواه اصحابنا على ما اذا كان السهو بالزيادة وهو محجوج بالقول فانه لا يفصل وروى ثوبان رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لكل سهو سجدتان بعد السلام. وقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر جعل دليلا معقولا على اولوية التاخير وبيانه ان سجود السهو كان ينبغي ان لا يتاخر عن زمان وجود العلة وهي السهو الا انه تاخر لضرورة انه لا يتكرر لانه اذا سجد في زمان سهوه وامكن ان يسهو بعد ذلك مرة فاما ان يسجد ثانيا او لا فان لم يسجد بقي نقص لازم لا جابر له وان سجد تكرر السجود وهو غير مشروع بالاجماع فلزم التاخير وهذا المعنى الذي اقتضى التاخير عن زمان العلة اقتضى التاخير عن السلام حتى لو سهى عن السلام بالقيام الى الخامسة لزمه السجود لتاخير السلام فيوخر عنه ليجبر النقصان به وهذا الخلاف بيننا وبين الشافعي في الاولوية فاما لو اتى بها قبل التسليم جاز عندنا ايضا في رواية الاصول وروي انه لا يجزيه لانه اداه قبل وقته وجه رواية الاصول انا لو لم نجزه لامرناه بالاعادة وتكرر السجود ولم يقل به احد فلا يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء اولى من ان يكون

على وجه ولم يقل به احد منهم. وقوله هو الصحيح احترازا عما اختاره فخر الاسلام وشيخ الاسلام وصاحب الايضاح رحمهم الله وهو ان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه عند فخر الاسلام لان التحريف لمعنى التحية لان التحليل يحصل بالتسليم حكمه التحية للقوم والتحليل في الاول والتسليم مراد في هذا السلام لانه قاطع للاحرام والتحليل لا يتكرر فلا حاجة الى تكرار السلام واذا ابطل معنى التحية لا ينحرف وجه الصحيح ما قاله المصنف صرفا للسلام يعني في الحديث الى ما هو المعهود في الصلاة ونسب صدر الاسلام قائل التسليمة الواحدة الى البدعة. وقوله ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعوات انها في قعدة الصلاة او في قعدة السهو فقال الطحاوي يأتي بها فيهما لان في كل قعدة في اخرها سلام ففيها صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقال الكرخي في قعدة السهو واختاره فخر الاسلام والمصنف وقال هو الصحيح لان الدعاء موضعه اخر الصلاة ومنهم من قال في المسألة اختلاف بين العلماء عند ابي حنيفة وابي يوسف في القعدة الاولى وعند محمد في الاخيرة بناء على اصل وهو ان سلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما فكانت القعدة الاولى قعدة الختم وعند محمد على خلافه وفيه نظر لان الاصل المذكور متقرر ولو كانت هذه المسألة مبنية على ذلك لكان الصحيح مذهبهما. قال ويلزمه اي السهو وهذا البيان ما ذكر في اول الباب بقوله يسجد للسهو للزيادة والنقصان فانه لم يعلم من ذلك انه اي زيادة ونقصان يوجب تفسيرها هاهنا بان المراد زيادة فعل من جنس الصلاة ليس منها كما اذا ركع ركوعين او سجد ثلاث سجدات وهذا اي قوله يلزمه السهو يدل على ان سجود السهو واجب. وقوله وهو الصحيح احترازا عن قول من قال من اصحابنا انه سنة وقوله لانها تجب ظاهر. وقوله وانما وجب بالزيادة جواب عما يرد على قوله واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره فان لقائل ان يقول يجب بالزيادة ايضا ولا ترك هناك ولا تأخير فقال الزيادة لا تنفك عن تأخير ركن او ترك واجب. وقوله ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا بيان للنقصان الموجب للسجدة وهو ظاهر وقيل المراد بالسنة المضافة الى جميع الصلاة كالتشهد في القعدة الاولى. وقوله او ترك قراءة فاتحة الكتاب لبيان انها تجب لترك الافعال كما تجب لترك الاذكار. وقوله وكل ذلك اي كل المذكور من الافعال الاولى والثانية والقراءة فيها واجب وفيها اختلاف وتعرض بان الطلاق الواجب على القعدة الاخيرة سهو لانه فرض نفسه الصلاة كما تركها واجب بالمراد تأخيرها بالقيام الى الخامسة فان التأخير نوع ترك وتأخير الركن يوجب السجدة وفيه نظر لانه تمسك بان يكون المراد بالواجب الفرض والواجب بالترك التأخير والترك وفي ذلك جمع بين الحقيقة والمجاز وهو ضعيف وقيل يحمل كلامه على رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال تجوز صلاته اذا رفع راسه من السجدة اي تم صلاته بدون القعدة الاخيرة وقيل واجبة بحسب الكيفية فاي عدم تأخيرها واجب فاذا اخر فقد ترك هذا الواجب وفيه تحمل كما ترى. وقوله هو الصحيح احترازا عما قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة وهو وجه القياس ووجه الصحيح ما ذكرنا من المواظبة بلا تركه. وقوله لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات لان الجهر فيما يجهر بالقراءة على الامام واجب ليستمع القوم فيقرؤوا بالقرآن ككونه فيه مقام قراءتهم لوجود المقصود وهو الاستماع ولما اقامت مقامها وجب ان يكون فرضا لكن لادنى انحطاط مرتبة الفرع عن مرتبة الاصل كان واجبة وما لا يتوسل الى الواجب الا به كان واجبا فان قيل روى قتادة عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسمعنا الاية والايتين في الظهر والعصر وذلك دليل ان الاخفاء فيه لم يكن واجبا وبه اخذ الشافعي اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك لبيان ان القراءة مشروعة فيهما وعندنا لا يجب السهو اذا فعل ذلك. وقوله

واختلفت الروايات في المقدار اي في مقدار ما يوجب جهره واخفاؤه السهو ففي ظاهر الروايات القليل والكثير في
الفصلين سواء في وجوب السجدة ذكره شمس الائمة الحلواني وقاضي خان وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جهر باكثر
الفاتحة يسجد لان اليسير من الجهر والاخفاء غير ممكن الاحتراز فاعتبر اكثر الفاتحة ثم رجع وقال ان جهر
مقدار ما تجوز به الصلاة يجب والا فلا **قال** المصنف والاصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين
اختار لهذه الرواية ووجهه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وهذا اي وجوب السجدة في الفصلين انما هو
في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة اي وجوبهما من خصائص الجماعة **قيل** اما ان وجوب
الجهر من خصائص الجماعة فمسلم لان المنفرد مخير بين الجهر والاخفاء واما كون وجوب المخافتة من خصائص
فممنوع لان المنفرد تجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها واجيب بان ذلك وجه رواية النوادر روى ابو
سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في المنفرد اذا جهر فيما يخافت ان عليه السهو لما ذكرنا واما على ظاهر
الرواية فلا نسلم ان المخافتة واجبة عليه لانها وجبت لنفي المغالطة وانما يحتاج الى ذلك في صلاة تؤدى
على سبيل الشهرة والمنفرد لم يؤد كذلك فلم تكن المخافتة واجبة عليه **قال** وسهو الامام يوجب
على المؤتم السجود اذا سهى الامام وجب السجود على المؤتم وجوبه على الامام لان السبب الموجب للسجود
في حق الاصل وهو الامام تقرر في حق المأموم ايضا بالتزامه المتابعة فان الصحة والفساد والاقامة
لما تعدت من صلاة الامام الى صلاته حتى لو نوى الامام الاقامة في وسط الصلاة صارت صلاة القوم اربعا
بالتزامهم المتابعة فكذلك النقصان وما يجبره فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير
مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا وبين المخالفة والمتابعة منافاة فاذا تحقق احد
المتنافيين انتفى الآخر واعترض على التعليل المذكور في الكتاب بان مخالفات يجوز وقوعها من المؤتم
كما اذا لم يرفع الامام يديه عند الافتتاح فان القوم ترفع واذا لم يثن الامام فالمأموم يثني
واذا ترك الامام تكبير الركوع وتسبيحه وتسميعه وتكبير الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير
التشريق فان المأموم يفعل ذلك كله وبعد بان المخالفة بعد فراغ الامام ليست بقادحة الا
يرى ان المسبوق يقضي ما فاته بعد فراغ الامام والمقيم اذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين والجواب
عن الاول ان الكلام فيما لزم بشيء باشره الامام وتعدى الى المؤتم وما ذكرتم ليس كذلك بل انما تثبت على
المقتدي ابتداء كما يثبت على الامام وعن الثاني بان هذه المخالفة جوزت ضرورة اتمام الفرض ولا يتعدى
الى ما ليس كذلك لانه ليس في معناه وان سهى المؤتم لم يجب على الامام السجود لان صلاته ليست مبنية
على صلاة المأموم فسادا ولا نقصانا فلا يجب نقصان صلاته بنقصان صلاة المأموم واذا لم يجب
على الامام لم يجب على المأموم لانه لو وجب فاما ان يسجد وحده وفيه مخالفة امامه فيما ليس من اتمام
الفرض وهو لا يجوز واما ان يسجد معه وهو قلب الموضوع **فان قلت** اما ذكرت آنفا ان المخالفة
انما لا تجوز فيما لزم بشيء باشره الامام وتعدى الى المؤتم وها هنا ليس كذلك بل المخالفة انما كانت
لامر باشره المؤتم فينبغي ان تجوز فالجواب انا قلنا ان المخالفة فيما لزم بشيء باشره الامام
لم تجز ولم نقل انها فيما باشره بنفسه جازت المخالفة ان كانت لاتمام الفرض بعد فراغ الامام
جازت بالنص بقوله عليه السلام وما فاتكم فاقضوا **وقوله** عليه السلام اتموا صلاتكم فانا قوم
سفر وان كانت لغيره فان كانت فيما ثبت ابتداء كالمسائل التسع المتقدمة جازت لانها كالا
مخالفة حيث لم يتعلق بالاقتداء وان كانت فيما لزم تبعا باشره احدهما كالتي نحن فيها لم تجز لادائها
الى قطع الشركة المنافي لوضع الامامة **قال** ومن سهى عن القعدة الاولى او من سهى عن
القعود الاولى في الفرائض الرباعية والثلاثية ثم تذكر فلا يخلو اما ان يكون الى القعود اقرب بان لم

برفع ركبتيه

برفع ركبتيه الى القيام بان رفعهما فان كان الاول عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ
حكمه كفناء المصر له حكم المصر في حق صلاة الجمعة والعيدين واختلف في وجوب السجدة فقيل
يسجد لانه اخر واجبا بقدر ما اشتغل بالقيام وقيل لا يسجد وهو الاصح بناء على ان ما قرب من
من الشيء يأخذ حكمه فصار كما اذا لم يقم وان كان الثاني لم يعد لانه كالقائم يعني لما ذكرنا
من الاصل ولو قام جاز له العود لبطل لزم ترك الفرض وهو القيام لاجل الواجب الذي هو
القعدة الاولى ولا يلزم سجدة التلاوة فانه يترك الفرض لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت بالنص
على خلاف القياس وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة كانوا يسجدون ويتركون
القيام لاجلها ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قام الى الثالثة قبل ان يقعد فسبحوا له فعاد وروي انه لم يعد وسبح لهم فقاموا ووجه التوفيق
انه عاد حين لم يستتم قائما ولم يعد حين استتم قائما وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة
في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة في الثنائية فلا يخلو من ان يكون قعد ما قعد على الرابعة
او لا يكون وان لم يكن فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة او لا فان كان الثاني رجع الى
القعدة لان اصلاح الصلاة به ممكن وكل ما كان كذلك وجب عمله احترازا عن الابطال
وانما قلنا انه ممكن لان ما دون الركعة محل الرفض لكونه ليس بصلاة ولا له حكمها ولهذا اذا
حلف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة والغى الخامسة لانه رجع الى شيء قبله اي قبل ما فعل وهو الخامسة
وفي بعض النسخ قبلها وهو واضح وكل من رجع من فعل من افعال الصلاة الى محله قبله يرتفض ذلك
الفعل المرجوع عنه كما اذا قعد قدر التشهد ثم تذكر السجدة الصلبية او التلاوة فسجدها ارتفضت
القعدة لما ان محلها قبل القعدة الاخيرة ولنا انه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة
لانه انتقل الى ما هو صلاة اخرى حقيقة لاشتمالها على الاركان وحكما لانه حكم الشرع بوجوبها او وجب
الحنث على من حلف ان لا يصلي فصلى ركعة وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة
خرج عن الفرض [illegible] الفرض والنفل وقد تحقق احد المتنافيين فينتفي الآخر ضرورة ولقائل
ان يقول لا نسلم [illegible] استحكم الشروع في النفل لا يمنع
ما سبق من الركعة المكتوبة عن الاستحكام [illegible] لكن ما سبق من ركعات الفرض ان لم يكن
اشد استحكاما لكونه كثيرا وفرضا فلا اقل من المساواة وحينئذ لا يكون بطلان الفرض اولى من
بطلان النفل [illegible]
الشروع في النفل [illegible]
في الخارج وقد تحقق وجوده فيه [illegible]
الفرض بطلان وصف الفريضة ولا شك ان بطلان وصف الفريضة [illegible] من بطلان
اصل الصلاة ووصفها [illegible] وابطال النفل [illegible] فكان الاول اولى [illegible] انه عليه السلام
[illegible]
ومنها القعدة الاخيرة [illegible] الخامسة [illegible] صلى الله عليه وسلم
ما هو اقرب الى الصلاة **وقوله** [illegible] باب قضاء الفوائت [illegible]
[illegible] ضم اليها ركعة سادسة [illegible] سجدة السهو [illegible] واختلفوا
فيه والاصح انه لا يسجد لان النقصان بالفساد لا ينجبر بالسجود ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون
والمظنون غير مضمون [illegible] بطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل [illegible]

السجود حقيقة في وضع الجبهة وعند محمد برفعه لان تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح الرفع مع
الحدث في هذا السجود فذهب فلم يتم السجود وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في هذا
السجود فذهب يتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد في الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود الى القعدة ويبني على
صلاته باتمامها بالتشهد والسلام وعند ابي يوسف لا يبني لان صلاته قد فسدت بوضع الجبهة
ولا بناء على الفاسد قال فخر الاسلام المختار للفتوى قول محمد لانه اوفق واقيس لان السجود لو تم قبل الرفع
وجعل دوامه لتكراره لم ينقضه الحدث يعني بالاتفاق ان الحدث ينقض كل ركن وجد فيه حتى لو توضأ
وبنى على صلاته وجب عليه اعادة ذلك الركن الذي وجد فيه الحدث ولو تم السجود بالوضع لما احتيج
الى اعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع وان كان قعد على الرابعة فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة
او لا فان كان الثاني فحكمه حكمه فيما اذا لم يقعد عليها وان كان الاول تم تبين كر ضم اليها ركعة اخرى وتم
فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وتركها لا تفسد الصلاة لانها واجبة **وقوله** وانما يضم اليها
ظاهر ولم يذكر ان الضم واجب **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انما ينوبان عن سنة
الظهر ووجه الصحيح ان السنة عبارة عن طريق النبي صلى الله عليه وسلم وهو كان يتطوع في الظهر بتحريمة
مبتداة قصدا **وقوله** ويسجد للسهو استحسانا يعني ان القياس ان لا يسجد لان هذا سهو وقع في الفرض
وقد انتقل منه الى النفل ومن سهى في صلاته لا يجب عليه ان يسجد في صلاة اخرى ووجه الاستحسان ان النقصان
قد تمكن في الفرض بالخروج منه لا على الوجه المسنون وهو الخروج باصابة لفظة السلام وهذا مذهب محمد
وفي النفل بالدخول لا على وجه المسنون وهو الشروع فيه بتحريمة مبتداة وهذا مذهب ابي يوسف
وكل واحد منهما يوجب السجدة وانما قدم قول محمد لانه المختار للفتوى لان من قام من النفل من غير
تسليم ولا تكبير عند لم يعد ذلك نقصا في النفل لانه احد وجهي الشروع في النفل وانما هو نقص في الفرض
ولما كان النفل بناء على التحريمة الاولى جعل في حق وجوب سجدة السهو كانها صلاة واحدة كمن تنفل بست ركعات
بتسليمة واحدة وسهى في الاولى فانه يسجد للسهو في اخر الصلاة وان كان كل شفع صلاة على حدة لكون التحريمة
الواحدة ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون خلافا لزفر فانه يقول عليه قضاء ركعتين لانه يبقى
عنده في نفل لازم فاذا تبين انه لم يكن عليه قلنا شرع على انه مسقط لا ملزم ثم تبين انه لم يكن عليه
فسقط اصلا لا بادعاء ملتزم الزام ما لم يلتزم ولو اقتدى به انسان فيما لزمه عند محمد ست ركعات ان اقتدى
به في الخامسة يعني بعد الامام باربع ركعات وان اقتدى به في السادسة يعني بعد بخمس ركعات يصلي
ركعة ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد لانه لما شرع في تحريمة الامام لزمه
ما ادى بها الامام وقد ادى ستا وعندهما لزمه ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولا يلزمه
غير هذا الشفع ولو افسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بما اذا افسده الامام فان حال المأموم
لا يكون اقوى حالا من الامام ولا يلزم زيادة الفرع على الاصل وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط
العارض يخص الامام بتقريره ان المقتضي للوجوب وهو الشروع المخاطب بالنهي عن الابطال قائم في حق
فكذا في حق المأموم لبناء صلاته على صلاة الامام وحينئذ يجب القضاء عليهما جميعا عملا بالمقتضي
الا انه سقط عن الامام بعارض يخصه وهو شروعه في النفل لا عن قصد التطوع وما خص به لا
يتعدى الى غيره وعلى هذا لا يلزم بناء القوي على الضعيف لان صلاة الامام ايضا بالنظر الى وجود
المقتضي قوي وفرق بين ابو يوسف بين هذه وبين ما اذا لم يقعد على الرابعة بان هناك بطل فرضه
وكان الاحرام في الابتداء منعقدا لست ركعات فاذا اقتدى به انسان لزمه موجب تلك التحريمة
واما ها هنا فقد تم فرضه لما ذكرنا وشرع في النفل والمقتدي اقتدى به في النفل فلا يلزمه

عن ركعتين

عن ركعتين والحاصل ان هناك صلاة واحدة فيلزم الجميع وها هنا صلاتان فيلزم الاخرى
وقيل كان من حق الكلام وعند ابي حنيفة وابي يوسف بدل لما تقدم في قوله وعندهما ركعتين
وبدل لما ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان وعندهما يقضي ركعتين وليس بواضح لانه ذكر في
النوادر الاختلاف على ما وقع في الكتاب فلعل المصنف وقف على صحة ذلك فنقله ولا يلزم من كونهما
متفقين عليهما في مسئلتنا اتفاقهما في مسئلة اخرى فانهما مسئلتان **قال** ومن صلى ركعتين تطوعا
الاصل ان وقوع سجدتي السهو بين شفعي الصلاة غير مشروع ثم اما ان يكون الشفعان في صلاة
التطوع او الفرض فان كان الاول كما اذا صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان
يصلي اخريين وفي بعض النسخ اخراوين وليس بصواب ليس له ذلك لانه يبطل السجدة بالضرورة
لان لما ادى صحة بل دون ما يبني فالاضرورة في البناء فيه احراز فضيلة الدوام وفيه نقض الواجب
والاحتراز عن نقض الواجب اولى ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة قال شيخ الاسلام وان بنى على ذلك
ينبغي ان يعيد سجدتي السهو لانه لما بنى حصلت السجدتان في وسط الصلاة فلا يعتد بهما فكان
عليه الاعادة وان كان الثاني كما اذا سجد المسافر للسهو ثم نوى الاقامة فله ذلك لانه لو لم يبن
وقد لزمته الاقامة بنية الاقامة بطلت صلاته وفي نقض الواجب ونقض الواجب ادنى فيتحمل
دفعا للاعلى **وقوله** ومن سلم وعليه سجدتا السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة عند محمد وهو قول
زفر رحمهما الله لا خروجا موقوفا ولا باتا وعندهما يخرجه خروجا موقوفا على معنى انه ان سجد
بعد السلام حكمنا ببقاء التحريمة والا فلا لهما ان السجدة وجبت جبر النقصان تمكن في المؤدى
بالاتفاق والجبر انما يتحقق اذا كان المجبور قائما وقيامه ببقاء التحريمة فيحكم ببقائها تحصيلا لغرض
المطلوب ولهما ان السلام محلل في نفسه بالنص والاجماع وانما لا يعمل ضرورة الحاجة الى اداء
السجدة ولا ضرورة اذا لم يعد فيعمل عمله لتحقق المقتضي وزوال المانع وهذا اجر الى تخصيص
العلة كما ترى والتخلص معلوم لا يقال اذا كان بقاء التحريمة ضرورة اداء السجدة ينبغي ان لا يتعدى
الى جواز الاقتداء لانه لا يسلك انه كانت بقاء التحريمة في الجمع عليه ولا يكون مسبوقا واذا عرف
هذا الاصل يجري عليه الفروع منها مسئلة الكتاب فان عند محمد لا اقتداء صحيح على سبيل البتات
وعندهما على سبيل التوقف ومنها انتقاض الطهارة بالقهقهة عنده ينتقض لبقاء التحريمة
خلافا لهما ومنها تغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة عنده فيتغير لكونها في حرمة الصلاة
كما لو نوى قبل السلام وعندهما لا يتغير لكونها لا في حرمة الصلاة **فان قيل** اذا كان
الخروج موقوفا كان خارجا من وجه دون وجه وذلك يستدعي ان يكون حكم هذه المسئلة
المسائل عندهما حكمها عند عدم احتياطا **اجيب** بانه ليس معناه الخروج من وجه دون
وجه بل معناه الخروج موقوفا وجه لكن بعرضية العود كما سند **قوله** ومن سلم يريد به
قطع الصلاة تعني عزمه ان لا يسجد للسهو وعليه ان يسجد للسهو في مجلسه قبل ان يقوم ويتكلم
في رواية قبل ان يتكلم ولا يخرج من المسجد وهذا تقييد لاطلاق اخر المسئلة في المسجد غير مانع
عن السجود **وقوله** لان هذا السلام ساجد عليه السهو غير قاطع اي بالاتفاق اما عند محمد فانه
لم يشرع محللا واما عندهما فلانه كان محللا على سبيل التوقف لا على سبيل البتات
وكل ما لم يشرع قاطعا لا يقطع الصلاة وقد دل على ان القطع لا يحصل بالسلام بنيته بل به وهي لغو
للقطع ايضا لانه لما ثبت ان السلام غير قاطع شرعا جعل قطعا بالنية تغيير المشروع وهو لا
يتغير بالقصد والعزم واعترض بوجهين احدهما ان السلام وضع محرج عن حرمة الصلاة عندهما

فكيف لا يكون مخرجا مع نية القطع وهل هذا الا انتقاض فان غاية ما في الباب ان لا يكون النية معتبرة
فاما السلام فمحلل موجود فكانما قال لا السلام مخرج السلام غير مخرج والثاني ان نية الاشراك تغيير افضل
المشروعات ومع هذا اذا نوى غيره لا يمان في الحال والجواب عن الاول ان سلام من عليه السهو
مخرج عن احرام الصلاة لكن على عرضية العود اليه بالسجود من غير تفرقة بين ان ينوي العود او ينوي
عدم العود او لم ينو شيئا فانه لا معتبر بنيته والمسألة الاولى كانت لبيان الاطلاق وهذه لبيان التقييد
ولا تنافي في ذلك وعن الثاني بان كلامنا ان الشرع جعل سلام الساهي غير قاطع وهو يريد ان يجعله
قاطعا بقصده وعزيمته وليس له ذلك لانه تغيير للمشروع وليس من ينوي الاشراك ان يجعل الايمان
المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتأمله يغنيك عما طولوا في الكتب قال ومن شك
في صلاته ومن شك في كمية ما صلى فلا يخلو اما ان يكون اول ما عرض له الشك او لا فان كان الاول استأنف
الصلاة واختلفوا في معنى قوله اول ما عرض له قال صاحب الاجناس اول ما عرض له اول ما سهى في عمره وقال
شمس الائمة السرخسي معناه ان السهو ليس بعادة له لا انه لم يسه قط وقال فخر الاسلام اي في هذه الصلاة
وهما قريبان وان كان الثاني وهو ان يعرض له الشك كثيرا فلا يخلو اما ان يكون له رأي او لا فان كان تحرى
عليه وان لم يكن بنى على الاقل وهذا لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك احدكم في صلاته انه
كم صلى فليستقبل الصلاة وروي انه صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليتحر الصواب وروي انه
صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل ومعلوم ان التوفيق بين الادلة
لابد منه مهما امكن وقد امكن بحمل كل واحد منهما على صورة من الصور المذكورة فيحمل الحديث الاول على الصورة
الاولى لان فيه الامر بالاستقبال وذلك يناسب الصورة الاولى لعدم التكرار المفضي الى الحرج بتكرار
الاستقبال ويحمل الثاني على الثانية لان فيه الامر بالتحري الذي هو طلب الاحرى والاحرى هو ما يكون اكبر
رأيه عليه وتعين الثالث للثالثة مقتضى الشك والامر المبني على الاقل قوله والاستقبال بالسلام اولى
يتعلق باولى الصور يعني اذا استأنف والاستئناف بالسلام اولى لان الكلام ومجرد النية لان السلام عرف
محللا دون الكلام ومجرد النية لغو ما لم يتصل بالعمل القاطع قوله وعند البناء على الاقل يتعلق بآخرها ويأتي
ذلك ان الشك اذا وقع في ذات الاربع انها الاولى او الثانية عمل بالتحري فان لم يقع تحريه على شيء بنى على الاقل
فيجعلها اولى ثم يقعد لجواز انها ثانيتها والقعدة فيها واجبة ثم يقوم ويصلي ركعة اخرى ويقعد لانا جعلناها
في الحكم ثانية ثم يقوم ويصلي ركعة اخرى ويقعد لجواز انها رابعتها ثم يقوم ويصلي ركعة اخرى ويقعد لانا
جعلناها في الحكم رابعة والقعدة فيها فرض وذات الثلاث على هذا القياس وان وقع الشك بعد الفراغ
من التشهد او بعد السلام حمل على انه اتم الصلاة حملا لامره على الصلاح وهو الخروج منها على وجه التمام

باب صلاة المريض

ذكر المريض عقيب سجود السهو
لانهما من العوارض السماوية والاول اعم موقعا لانه يتناول صلاة المريض والصحيح فكانت الحاجة الى بيانه امس
فقدمه اذا عجز المريض بان يلحقه بالقيام ضرر صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن الحصين
رضي الله عنه صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء واذا كان قادرا على بعض
القيام دون تمامه قال ابو جعفر يؤمر بان يقوم مقدار ما يقدر فاذا عجز قعد لان الطاعة بحسب الطاقة
وان قدر على القيام متكئا قال شمس الائمة الحلواني الصحيح انه يصلي قائما متكئا ولا يجزيه غير ذلك وكذلك
لو قدر ان يعتمد على عصا او كان له خادم لو اتكأ عليه قدر على القيام فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء
يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه اي الايماء قائم مقامهما فاخذ حكمهما
ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك

فان فعل

فان فعل ذلك فاما ان يخفض للركوع والسجود او لا فان خفض لهما فلوجود الايماء والا فلا يعتد به فانه
لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء
بالركوع والسجود اذ حقيقة الاستلقاء تمنع الاصحاء عن الايماء فكيف بالمرضى لقوله عليه السلام يصلي
المريض الحديث واختلف في معنى قوله عليه السلام فالله تعالى احق بقبول العذر منه فمن قال بعدم
سقوط القضاء عنه عند عدم القدرة على الايماء قال الله احق بقبول عذر التأخير ومن قال بالاسقاط
قال بسقوطه عنه ذلك قال الله احق بقبول عذر الاسقاط وهو الاصح قوله لما روينا من قبل وهو حديث
عمران بن الحصين الا ان الاولى اي الاولوية او الهيئة او الفعلة الاولى عندنا الا هنا من حديث
عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وان كان لهما دلالة على جواز العمل بكل منهما لانه قد ذكر اولا وكان
لان المعقول معناه ان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه
وبهذا اي بوقوع الاشارة الى هواء الكعبة تتأدى الصلاة فان عجز عن الايماء برأسه اخرت عنه قوله لما
روينا من قبل اشارة الى قوله عليه السلام فان لم يستطع فعلى قفاه يومئ ايماء الا ان الايماء ومن يسكت اقتصر لان الركوع
في موضع البيان ولو جاز غيره لبينه قوله ولا يومئ بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر لان هذا
الابدال بالرأي بل بالنص قوله هو الصحيح احترز به عن قول من يقول ان الصحيح انه يسقط عنه
الصلاة اذا كان العجز اكثر من يوم وليلة وهو اختيار فخر الاسلام وشيخ الاسلام وقاضي خان وغيرهم رحمهم الله
قال في فتاوى قاضي خان والاول اصح لان مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب قال وان قدر على القيام
ولم يقدر على الركوع والسجود فالمذهب وقال الشافعي اذا قدر على القيام دون الركوع والسجود لم يسقط عنه القيام
لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن ادراك ركن آخر ولنا ان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة فانه بدونها
غير مشروع عبادة بخلاف العكس فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا
لانه اشبه بالسجود فان عند الايماء قاعدا يصير رأسه اقرب الى الارض من الايماء قائما فان قيل
هذا التعليل على مخالفة النص لان حديث عمران بن الحصين يدل على ان المصير الى القعود انما هو عند العجز
عن القيام والمفروض خلافه اجيب بانه محمول على ما اذا كان قادرا على الركوع والسجود حالة القيام
بدليل انه ذكر الايماء في حالة ما يصلي على الجنب فدل على ان المراد بحالة القيام هو القادر على الاركان قوله
وان صلى بعض صلاته قائما ظاهر قوله بناء على اختلافهم في الاقتداء يعني ان كل فصل جوز الاقتداء فيه
جوز بناء آخر الصلاة على اولها ههنا وما لا فلا ثم عند محمد لا يقتدي القائم بالقاعد فكذا لا يبني في حق
نفسه وعندهما القائم يقتدي بالقاعد فكذا يبني في حق نفسه ونوقض بما اذا افتتح الصحيح التطوع قاعدا
وادى بعض صلاته قاعدا ثم بدا له ان يقوم فقام وصلى الباقي قائما اجزأه بالاجماع وهذا الاصل المذكور
يقتضي ان لا يجوز على قول محمد واجيب بان تحريمة المريض لم تنعقد للقيام فكذلك لعدم القدرة عليه
وقت الشروع في الصلاة فلم يبن على ما انعقدت له تحريمته واما تحريمة المتطوع فقد انعقدت للقيام
ايضا لقدرته عليه عنده فجاز بناؤه عليه لكونهما متناولي تحريمة قوله استأنف عندهم جميعا
يعني العلماء الثلاثة فان لم نر فيه خلافا على ما مر ان من اصله جواز اقتداء الراكع بالمومي قوله
فان افتتح التطوع قائما ثم اعيا اي تعب لا بأس بان يتوكأ اي يتكئ يعني ان من شرع في النفل ثم اتكأ فلا يخلو
اما ان يكون بعذر او بغيره فان كان بعذر كالاعياء لا بأس به وان كان بغير عذر فقد اختلف المشايخ
فيه فقيل يكره لانه اساءة في الادب الا ترى انه لو خير المتطوع في الابتداء بينه وبين القيام كما خير بين
القيام والقعود وقيل لا يكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لو قعد جاز عنده ويكره مع كون القعود
منافيا للقيام والاتكاء الذي لا ينافيه يجوز ولا يكره وعند محمد لا لان القعود لا يجوز عندهما فيكون الاتكاء

الذي هو فوقه جاز لمكروها. وقوله وان قعد يعني بعد ما افتتح قائما بغير عذر ذكره بالاتفاق ويجوز
الصلاة عنده وعندهما لا يجوز وفي كلامه تسامح لان ما لا يجوز لا يوصف بالكراهة وقد قال يكره بالاتفاق
واجاب الامام حميد الدين الضرير رحمه الله بان المراد من هذا انه لو صلى ركعة قائما ثم قعد في الثانية لغير
الاعياء ثم قام وانتم الثانية قائما فان هذه الصلاة جائزة مع صفة الكراهة وفيه نظر لان قعوده اذا كان
لا عياء فذلك قعود بعذر والكلام ليس فيه بل يجب ان لا يكون مكروها وكذا ان ترك ذكر الاعياء والمسألة
بحالها كما قال بعض الشارحين على تقدير ان يثبت بالنقل ان ذلك مكروه بالاتفاق لا يجوز اطلاقه على ما لا يجوز
فهو اول المسألة وكذلك قوله بالاتفاق يخالف قوله قبيل هذا لو قعد يجوز عنده من غير عذر من غير كراهة
وكذا يخالف اطلاق ما ذكره في النوافل ويجوز ان يقال ذكر في مبسوطه فخر الاسلام وجامع ابي العسر انه لو قعد
في النفل لا يكره عنده في الصحيح لان الابتداء على هذا الوجه مشروع بلا كراهة فالبقاء اولى لان حكم البقاء اسهل
من حكم الابتداء فقوله في الصحيح يدل على انه غير صحيح فالاطلاق ههنا وفي باب النوافل يكون على الصحيح وقوله
بالاتفاق على غير الصحيح ولعل قوله بالاتفاق وقع سهوا من الكاتب والله اعلم. قال ومن صلى في السفينة
قاعدا المصلي في السفينة اما ان يكون عاجزا عن القيام او لا فان كان عاجزا جاز ان يصلي قاعدا بالاتفاق وان
كانت سارية جاز عند ابي حنيفة رحمه الله والقيام افضل وقالا لا يجوز وهو القياس لان القيام مقدور
عليه والمقدور عليه لا يترك وجه الاستحسان ان الغالب من حال راكب السفينة دوران الرأس عند
القيام والغالب كالمتحقق الا ترى ان النوم المضطجع جعل حدثا لان الغالب من حاله ان يخرج منه شيء لزوال
الاستمساك الا ان القيام افضل لبعده عن شبهة الخلاف وينبغي ان يتوجه الى القبلة كيف ما دارت
السفينة سواء كان عند الافتتاح او في خلال الصلاة لان التوجه فرض عند القدرة وهذا اذا قدر الخروج
والفضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة على ما بينا اما اذا كانت راسية لم يجز القعود
بالاتفاق وهو المراد بقوله والمربوطة كالشط. وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم بانه ايضا على الخلاف
والموثوقة بالبحر في لجة البحر وهي تضطرب قيل يحتمل وجهين والاصح ان الريح ان كانت تحركها تحريكا شديدا
فهي كالسائرة والا فهي كالراسية. ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان زاد على ذلك لم يقض والقياس ان لا يكون
عليه القضاء اذا استوعب الاغماء وقت صلاة كامل وهو قول الشافعي رحمه الله لتحقق العجز فاشبه الجنون ووجه
الاستحسان ان الاغماء وقت صلاة كامل لما روي ان عليا رضي الله عنه اغمي عليه في اربع صلوات فقضاهن وعبد الله
ابن عمر رضي الله عنه اغمي عليه في ثلاثة ايام فلم يقض شيئا والفقه فيه ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج
في الاداء واذا قصرت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار. وقوله والجنون كالاغماء
جواب عن قياس الاغماء على الجنون على زعم ان الجنون اذا استغرق وقتا كاملا اسقط القضاء والاول كذا
ذكره ابو سليمان رحمه الله وقد نص عليه في نوادر الصلاة. وقوله بخلاف النوم متعلق بقوله وان كان اكثر
من ذلك لم يقض يعني ان النوم وان زاد على يوم وليلة لا يسقط القضاء لان امتداده الى هذا الحد نادر لا
عبرة به فالحق الممتد منه بالقاصر. وقوله ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات قال ابو جعفر الزيادة
تعتبر عند ابي يوسف من حيث الساعات وهو رواية عن ابي حنيفة وعند محمد يعتبر من حيث الصلوات
ما لم يصر الصلوات ستا لا يسقط عنه القضاء وان كان من حيث الساعات اكثر من يوم وليلة وانما تظهر
ثمرة الخلاف فيما اذا اغمي عليه عند الضحوة ثم افاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا اكثر من يوم وليلة
من حيث الساعات فلا قضاء عليه في قول ابي يوسف وعلى قول محمد عليه القضاء لان الصلوات لم تزد على
خمس والمذكور في الكتاب من كون الاختلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة وبين محمد هو المذكور في اصول
فخر الاسلام ومبسوط شيخ الاسلام لمحمد ان التكرار يتحقق بان يفوت ست صلوات وهو المفضي الى الحرج

المسقط

المسقط للقضاء فيكون الاعتبار به. وقوله وهو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم اي الاعتبار من حيث
الساعات هو المأثور.

باب سجود التلاوة

كان من حق هذا الباب ان
يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كان لصلاة المريض بعارض سماوي كالسهو الحقها
المناسبة بها فتأخر سجود التلاوة ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه فان قيل كان الواجب
ان يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة اجيب بان التلاوة لما كانت سببا
للسماع ايضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفى به وشرطها الطهارة عن الحدث والجنابة
واستقبال القبلة وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض وصفتها الوجوب عندنا ومواضعها
ما ذكر في الكتاب اربع عشرة في اخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج
والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم والانشقاق والعلق هكذا كتب في مصحف عثمان
رضي الله عنه وهو المعتمد والشافعي رحمه الله يوافقنا في العدد الا انه يقول في الحج سجدتان وليس
في ص سجدة وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله ان كنتم اياه تعبدون والمصنف احترز بقوله والسجدة
الثانية في الحج للصلاة عندنا وبقوله عند قوله وهم لا يسأمون وبه كرر عن مذهبه احتج الشافعي
على ان في الحج سجدتين بحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فضلت
الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأها ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما فالاولى سجدة
التلاوة في الحج هي الاولى والثانية سجدة الصلاة وبقرانها بالركوع في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا
اركعوا واسجدوا وتأويل ما روى فضلت بسجدتين احداهما سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلاة
واستدل الشافعي على ان السجدة في ص سجدة شكر بما روي انه عليه السلام تلا في خطبته سورة
ص فتشوف الناس اي تهيأوا للسجود فقال انما هي توبة نبي وقال عليه السلام سجدها
داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلنا هذا لا ينافي كونها سجدة تلاوة اذ ما من عبادة يأتي بها العبد
الا ومعنى الشكر وقد روي انه عليه السلام سجدها في خطبته فدل على انها سجدة تلاوة حيث
قطع الخطبة لها ولو سلم انه لم يسجدها في خطبته فذلك [illegible] وقد روي ان
رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رأيت فيما يرى النائم كاني اكتب سورة ص فلما انتهيت الى موضع السجدة
سجد الدواة والقلم فقال عليه السلام نحن احق بها من الدواة والقلم [illegible] حتى تليت
في مجلسه وسجدها مع اصحابه. وقوله وهو المأخوذ للاحتياط لانها ان كانت عند الاية الثانية
لم يخرج بحملها وان كانت عند الاولى جاز تأخيرها الى الاية الثانية وكان فيما قلنا خروج عن العهدة
بيقين. قال والسجدة واجبة في هذه المواضع كلها [illegible] وعند الشافعي رحمه الله ان السجدة في هذه
المواضع سنة لما روي ان زيد بن ثابت رضي الله عنه قرأ سورة النجم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلم يسجد لها ولا سجد لها النبي صلى الله عليه وسلم فدل على انها ليست بواجبة وقلنا هي واجبة على التالي
والسامع قصد سماع القرآن او لم يقصد [illegible]
الله عليه وسلم السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وعلى كلمة للايجاب [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

به انما يتم اذا ثبت انه صلى الله عليه وسلم لم يسجد تلك السجدة حتى خرج من الصلاة فاما لو لم نقل بوجوبها
على الفور فيجوز ان يكون سجدها في وقت اخر واعلم ان صاحب النهاية قال سجل هذا اللفظ يعني قوله
السجدة على من سمعها الحديث في ساير النسخ من المبسوطين والاسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير
من الفاظ الصحابة لا من الحديث واقول لم يكن المصنف ممن لم يطلع لكتب المذكورة فلولا انه ثبت
عنده كونه حديثا لما نقله حديثا فانه رحمه الله اعظم دينا من ان يتوهم به ذلك قوله واذا تلى
الامام السجدة ظاهر. وقوله لان السبب قد تقرر ولا مانع وكل ما تقرر مقتضيه وانتفى مانعه
تحقق لا محالة بخلاف حالة الصلاة كالمانع مع وجود لانه يودي الى خلاف موضوع الامامة ان سجد
التالي اولا وتابعه الامام لانقلاب المتبوع تابعا والتابع متبوعا والتلاوة ان سجد الامام اولا وتابعه
التالي فان التالي امام السامع فيجب ان يتقدم سجود التالي قال عليه السلام كنت امامنا لو سجدت لسجدنا
فان قيل هذه ليست بقسمة حاصرة لجواز ان يسجد التالي دون الامام او بالعكس فالجواب ان في
ذلك مخالفة للامام وهي مفسدة فلم يذكرها لكون ذلك مفروغا عنه في عدم الجواز وقوله ان المقتدي
محجور عن القراءة لان المحجور هو الممنوع عن التصرف على وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه من جهة
غيره والمقتدي بهذه الصفة لانه ممنوع عن القراءة والقراءة تنفذ عليه من جهة امامه قال عليه
السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة حكم تصرفه
الذي هو القراءة فلا يثبت. وقوله بخلاف الحائض جواب عما يقال المقتدي ونحوه انهما منهيا
عن القراءة والمنهي فاشبه كالحائض والجنب والسجدة تجب على من سمعها فكذا على من سمع المقتدي
ووجهه انهما منهيان عن القراءة والتصرف فان المنهي عنها ينعقد حكمها لما عرف من اصلنا ان النهي
عن الافعال الشرعية لا يعدم المشروعية فان اختلج في ذهنك ان القراءة فعل حسي فالنهي عنه يعدم
المشروعية فعليك بتقرير ما في تقرير الاجمال المرسوم لي به فان قيل لو كان ذلك لوجبت على الحائض
بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب اجاب بما معناه انما لم تجب عليها لانعدام اهليتها للصلاة وكذلك لان
السجدة ركن من الصلاة والحائض لا يلزمها الصلاة مع تقرر السبب فلا يلزمها السجدة ايضا بخلاف
الجنب فان الصلاة تلزمه فكذلك السجدة. قوله ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها يعني بالاتفاق
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه على الاختلاف لا يسجدها عندهما ويسجد عند محمد ووجه الصحيح
ما ذكر ان الحجر يثبت في حقهم لان علة الحجر هي الاقتداء وهو مختص بهما فلا يعدوهما بان المقتدي اما ان يكون
محجورا او لا فان كان الاول استلزم سقوط الحكم والثاني الوجوب والجواب انه محجور بالنسبة الى من وجد في
حقه علة الحجر وغير محجور بالنسبة الى من لم يوجد وهو الخارج وان سمعوا وهم في الصلاة من رجل ليس
معهم في الصلاة لم يسجدوها في الصلاة لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال
الصلاة لانه من افعال الصلاة لا يجوز ان يوتى بها فيها لكنهم يسجدونها بعدها لتحقق سببها وهو السماع
ممن ليس بمحجور ولو سجدوها في الصلاة لم تجزهم ولم تفسد صلاتهم في ظاهر الرواية اما عدم الجواز فلانه
اي لان هذا السجود ناقص لمكان النهي وهو منع الشرع عن ادخال ما ليس من افعال الصلاة فيها فلا يتأدى به الكامل
وهي السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور فان ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا ورد بان الاسلام انها
وجبت كاملة فانها وجبت في وقت كان خلط غير افعال الصلاة بافعالها حراما فكانت كالعصر وقت
الاصفرار وجبت ناقصة فتتأدى ناقصة والجواب ان الوقت لو كان سببا لها كان الامر كما ذكرت
لكنه ليس كذلك بل سببه ما ذكرنا ولا تعلق له بالوقت واعادوها لتقرر سببها وهو ما ذكرنا واما
فساد الصلاة فلان الفساد اما ان يكون بتركها او باتيان ما ينقضها ولم يتركوها وما اتوا بما ينقضها

في كونه ممنوعا عن القراة

اما ان يكون فرضا او واجبا
او سنة وهذا السماع
ليس بشي من ذلك ومما ليس
من افعال الصلاة فيه

لان سجود

لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلاة لانها في ذاتها من افعال الصلاة وذكر في النوادر انها تفسد
لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل ما ذكر في النوادر قول محمد وهو جواب القياس وما ذكرها هنا
قولهما وهو جواب الاستحسان بناء على ان زيادة ما دون الركعة لا تفسدها عندهما وهو على قوله
زيادة السجدة تفسدها وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في سجدة الشكر فعند محمد السجدة الواحدة
عبادة مقصودة ولهذا احكم بان سجدة الشكر مسنونة فتفسد لشروعه في واجب قبل كمال فرضيه
وعند ابي حنيفة واحدى الروايتين عند ابي يوسف انها غير مسنونة والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة
في كونها ركنا من اركان الصلاة غير مستقلة عبادة فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة
فدخل معه فاما ان دخل بعد ما سجدها الامام او قبله فان كان الاول لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا
لها اي للسجدة بادراك تلك الركعة وهذا يشير الى انه لو ادرك الامام في الركعة الاخرى لم يصر مدركا
للسجدة فينبغي ان يسجدها خارج الصلاة لانه لم يدرك الركعة لم يكن مدركا للقراءة ولا لما تعلق بها من السجدة
وقال الامام الصفاني واشار في بعض النسخ الى انها تسقط عنه لانها صلاتية وطولب بالفرق بين هذا وبين
ما اذا ادرك الامام في ركوع صلاتي العيد واذا كان الادراك الحقيقي ممكن لانه ما هو من جنسها وهو تكبير
الركوع فيه ينبغي انه لا يسجد لان الصحيح ان التلاوة هي السبب في حق السامع ايضا وكانت في الصلاة فكانت
السجدة صلاتية فلا يقضي خارجها واجيب بانهم لما اختلفوا في كون التلاوة سببا في حقه او السماع
وجب السجدة احتياطا لانا ان نظرنا الى التلاوة لا يلزمه السجدة وان نظرنا الى السماع تلزمه خارج الصلاة
فالزمناه بها خارجها احتياطا. وقوله وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة
ضابط كلي ينسحب على الفروع الداخلة تحته ودليله ما ذكره بقوله لانها صلاتية ومعنى الصلاتية ان تكون
التلاوة الموجبة لها من افعال الصلاة ولها مزية الصلاة فكان وجوبها كاملا اداؤها وجب كاملا لا يتأدى ناقصا
وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل هذا الكلي منقوض بما اذا سمعوا وهم في الصلاة ممن ليس معهم في الصلاة
فانها سجدة وجبت في الصلاة ويسجدونها بعدها كما تقدم والثاني ما قيل ان قوله فلم يسجدها فيها منصوص
لانها تؤدي بسجدة الصلاة وان لم ينو والثالث ما قيل ان التانيث محذوف في السبب فالعنوان صلاتية واجيب
عن الاول بان تقديره وكل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة وفيه نظر لان قوله وجبت في الصلاة اما ان
يكون صفة موضحة او مميزة عنها لان كل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة او صفة كاشفة ودافعة
السؤال او غيرهما من التاكيد والمدح والذم والمقام لا يقتضيه فالصواب ان يقال تقديره
وكل سجدة عن تلاوة وجبت في الصلاة لم تثبت وعن الثاني بان سجدة التلاوة وانما تتأدى بسجدة
الصلاة اذا قرأ اية السجدة وسجد اما اذا لم يسجد على الفور حتى فرغ منها الا انه اتى ركع او سجد للصلاة
ينوي بها سجدة التلاوة فلم تجز لانها صارت دينا عليه بفواتها وقتها فلا يتأدى في ضمن الغير ورد بان
وقتها موسع فمتى سجدها كان اداء لا قضاء واجيب بان ذلك عند محمد وفي رواية عن ابي حنيفة وعند ابي
يوسف وفي رواية عن ابي حنيفة ان وجوبها على الفور عند التراخي فيجوز ان يكون المصنف
اختار ذلك وعن الثالث بانه خطا مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر. قوله ومن
تلى سجدة فلم يسجدها هذا البيان التداخل في سجدة التلاوة اي ومن تلى اية سجدة خارج الصلاة ولم يسجدها
حتى دخل في الصلاة فاعادها اي تلاوة تلك الاية ولم يتبدل المجلس لان الصلاة عين مجلس سجدة التلاوة
وسجد في الصلاة اجزأته السجدة التي يسجدها عن التلاوتين لان الثانية لكونها صلاتية اقوى فاستتبعت
الاولى وفي النوادر له ان يسجد سجدة اخرى بعد الفراغ من الصلاة لان الصلاتية ان كانت اقوى فالاولى
ايضا قوة السبق فاستويا فلا يكون احدهما اولى بالاستتباع وجواب ظاهر الرواية ان للثانية

بعد التساوي قوة اخرى وهو الاتصال بالمقصود اي اتصال التلاوة بما هو المقصود اي الحكم وهو السجود فترجح
بها واستتبعت وعورض بان الحاق الاولى بالثانية خلاف موضوع التداخل لان السابق لا يتبع اللاحق فكيف
يكون ملحقا باللاحق واجيب بان السابق قد يكون تبعا اذا كان اللاحق اقوى كالسنة قبل الفرضية وقوله
وان تلاها يعني خارج الصلاة فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها اي تلك الاية وجب عليه ان يسجد لها لان التي
هي المستتبعة لما قلنا انها لكونها صلاتية اقوى واذا كانت مستتبعة لاجل الحاقها اي السجدة المفعولة
بالاولى اي التلاوة الاولى لما انها الحقت بها وهي تابعة للثانية كانت السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية
وذلك يؤدي الى سبق الحكم قبل الدليل فتبين ان التداخل في هذه الصورة متعذر فيجب سجدة ثانية للتلاوة
الثانية واياك ان ترد ضمير الحاقها الى التلاوة الثانية كما فعله بعض الشارحين واعترض على المصنف
فانه فاسد فتامل وفيه بحث وهو ان الصلاتية انما ترجحت في المسألة الاولى باتصال المقصود وههنا
مع الاولى السبق والاتصال بالمقصود ومع الثانية كونها صلاتية فقط فانى تستتبعها ويمكن ان يجاب
عنه بان المصير الى الاتصال انما كان على وجه التنزل من المصنف والا فكونها صلاتية اقوى من السبق
فلا تساويه السبق الا ترى انه اذا قهقه فيها انتقض الوضوء دون غيرها وبالنظر الى ذلك يتم الدليل
ومن كرر تلاوة سجدة واحدة ذكر مسألة وبين التداخل وقال الاصل ان مبنى السجدة على التداخل يعني في
الاستحسان والقياس ان يجب لكل تلاوة سجدة سواء كانت في مجلس واحد او لم تكن لان السجدة حكم التلاوة
والحكم يتكرر بتكرر السبب ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله دفعا للحرج وذلك ان المسلمين محتاجون
الى تعليم القرآن وتعلمه وذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالزام التكرار في السجدة مفض الى الحرج لا محالة والحرج
منفي نوع وقد صح ان جبريل عليه السلام كان ينزل باية السجدة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ويكررها عليه
وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد لها مرة واحدة تعليما لجواز التداخل دفعا للحرج ثم التداخل اما ان
يكون في السبب او في الحكم والاليق بالعبادات الاول وبالعقوبات الثاني وذلك لان التداخل اذا كان في
الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية على تعددها فيلزم وجوب السبب الموجب للعبادة بدونها وفي
ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب فيها لتكون جميعها بمنزلة سبب واحد
يترتب عليه حكمه اذا وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس واما العقوبات فليس مما يحتاط فيها بل في درءها
فيجعل التداخل في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافا الى عفو الله وكرمه فانه هو الموصوف بسبوغ
العفو وكمال الكرم وثمرة ذلك تظهر فيما اذا تلا اية السجدة في مكان فسجد لها ثم تلاها فيه مرات فانه يكفيه تلك السجدة
المفعولة اولا ولو لم يكن التداخل في السبب لكانت التلاوة التي بعد السجدة سببا وحكمه قد تقدم وذلك لا يجوز
وقوله وامكان التداخل اي الامكان الشرعي بيان لدليل الجمع وهو اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات
الا ترى الى شرط العقد تجمعها المجلس وان تفرقت بالاقوال فاذا اختلف عاد الحكم الى اصله وهو وجوب التكرار
لعدم الجامع فانه قيل ما بال الجامع لم يجمع بين الايات في مجلس كما جمع بين المرات فيه قلنا لعدم الحرج فان ايات
السجدة محصورة والغالب عدم تلاوة الجميع في مجلس بخلاف التكرار للتعليم فانه ليس بمحصور وتنفي في مجلس
ثم اختلاف المجلس انما يكون بالذهاب عنه بعيدا اما المجلس ان كان مشى خطوا من عرض المسجد وطوله فهو قريب
وقيل ان مشى خطوتين او ثلاثا فهو قريب وقيل ان مشى خطوتين او ثلاثا فهو قريب وان كان اكثر من ذلك
فهو بعيد ولا يختلف بمجرد القيام لانه متحسس في الاتيان بالسجدة لان الخرور الوارد في القرآن سقوط من القيام
بخلاف المخيرة فان خيارها يبطل بمجرد القيام لكونه دليل الاعراض صريحا ودلالة وفي تسدية الثوب
تكرار الوجوب وكلامه واضح وقال صاحب النهاية وهذا اللفظ يعني قوله وفي المنتقل من غصن
الى غصن كذلك في الاصح وكذلك في الدياسة يدل على ان اختلاف المشايخ في المنتقل من غصن الى غصن

كذلك

كذلك وفي الدياسة لا في تسدية الثوب لانه قطعها بالجواب من غير تردد ثم شبه جواب الثاني بذكر
الاصح وللتسدية واضح جواز ان يكون قوله في الاصل متعلقا بالمسألتين جميعا وقوله للاحتياط يجوز ان
يكون وجها للاصح في الصور الثلاث المذكورة ووجهه انه بالنظر الى اتحاد المحل واتحاد اسم المجلس لا يتبدل
المجلس فلا يتكرر الوجوب وبالنظر الى حقيقة الاختلاف المكان يتكرر الوجوب فقلنا بالتكرار للاحتياط
وقوله ولو تبدل مجلس التالي واضح وقوله على ما قيل يعني به قول فخر الاسلام ان مجلس التالي اذا تكرر
دون السامع يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا يعني ان السبب في حقه السماع وكان مجلسه متحدا وهو
قول الاستحسان قيل وعليه الفتوى ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه
اعتبارا بسجدة الصلاة وفي قوله اعتبارا بسجدة الصلاة اشارة الى ان التكبير فيها سنة كما في المشبه به
وقوله ولم يرفع يديه احتراز عن مذهب الشافعي فان عنده ان يرفع يديه ثم ياتي بتكبير للسجود
ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ويسلم ولم يذكر ما ذا يقول في السجود فقيل يقرأ فيها سبحان ربنا ان كان
وعد ربنا لمفعولا والاصح انه يقول فيها ما يقول في سجدة الصلاة وان لم يذكر شيئا لم يجزه لانها لا تكون
اقوى من سجدة الصلاة ولو لم يذكر فيها شيئا جاز فكذلك هذه وقوله ولا تشهد عليه ولا سلام نفي لقول
بعض اصحاب الشافعي الذين لم يلحقوا بقوله وقالوا ان فيها تشهدا او سلاما وقوله لانه اي التشهد
والسلام للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة فان قيل لا سلام لها معدومة لانه قال
كبروا التكبير للتحريم للتصريح اجيب بانه ليس كل تكبير للتحريم الا ترى تكبير السجود فانه ليس للتحريم وهذه السجدة
لما استلزمت سجدة الصلاة سن فيها التكبير للمشابهة وقوله لانه يشبه الاستنكاف يعني ان الاستنكاف
حرام لانه كفر فيكون ما يشبهه مكروها وقوله شفقة على السامعين قال في المحيط ان كان التالي وحده
يقرأ كيف شاء من جهر واخفاء وان كان معه جماعة قال مشايخنا ان كان القوم متاهبين للسجود ويقع
في قلبه انه لا يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرأها جهرا حتى يسجد القوم معه لان في هذا حثا لهم على
الطاعة وان كانوا محدثين او وقع في قلبه انه يشق عليهم اداء السجدة ينبغي ان يقرأها في نفسه ولا يجهر تحرزا
عن تاثيم المسلم وذلك مندوب اليه **باب صلاة المسافر** لما كان السفر
من العوارض المكتسبة ناسب ان يذكر مع سجدة التلاوة لان التلاوة ايضا كذلك لكن قدم تلك لانها عبادة
دونه والسفر في اللغة قطع المسافة وليس يراد هنا بل المراد قطع خاص وهو ان يتغير به الاحكام فقيده
بذلك وذكر القصد وهو الارادة الحادثة المقارنة لانه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلاثة ايام
لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل كذلك فكان المعتبر في حق تغير الاحكام اجتماعهما فان قيل
الاقامة تثبت بمجرد النية فما بال السفر وهو ضده لم يكن كذلك اجيب بان السفر فعل ومجرد القصد
لا يكفي فيه والاقامة ترك وهو يحصل بمجردها وسيجيء نظيره في تغيير كتاب الزكاة في العبد الخادم نوى
ان يكون للتجارة وعكسه ان شاء الله تعالى والاحكام التي تتغير بالسفر هي قصر الصلاة واباحة
الفطر وامتداد مدة المسح الى ثلاثة ايام وسقوط وجوب الجمعة والعيدين والاضحية وحرمة الخروج
على الحرة بغير محرم فان قيل وكما ان القصد لا بد منه للتغير فكذلك مجاوزة بيوت مصر ولم يذكره
اجيب بانه بصدد بيان تعريف السفر وما ذكره من شرط تغيره وسيذكره وقوله سير الابل
بالنصب بدل عن قوله مسيرة ثلاثة ايام وقوله عم الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير
معناه ان الالف واللام في قوله والمسافر للجنس لعدم معهود فتكون الرخصة وهو المسح عامة بالنسبة
الى من هو من هذا الجنس وذلك يستلزم ان يكون التقدير بثلاثة ايام ايضا عاما بالنسبة الى ذلك والا
لكان نقيضه ناقصا وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلاثة ايام ولياليها ويلزم الكذب المحال على الشارع

ان كانت الجملة خبرية معنى ايضا او عدم الاساكة لان انه كانت طلبية معنى وذلك لا يجوز واعترض بوجهين
احدهما ان هذا انما يلزم ان لو كانت ثلاثة ايام ظرفا للمسح وهو لا يجوز ان يكون ظرفا لقوله والمسافر حتى يكون معناه
والمسافر ثلاثة ايام ولياليها يمسح وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فيجوز ان يكون المسافر يوما وليلة
او اقل يمسح بدليل آخر وهو ما روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا اهل مكة لا تقصروا في ادنى من
اربعة برد من مكة الى عسفان والثاني انه متروك الظاهر لان ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلاثة ايام ولياليها
وذلك ليس بشرط بالاتفاق والجواب عن الاول ان راوي الحديث عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف جدا
عند النقلة حتى كان سفيان بن عيينة يرميه بالكذب فيبقى القول بالمسح للمسافر يوما وليلة قولا بلا دليل لكن لا يجوز ان يكون
ثلاثة ايام ظرفا للمسافر والا كان في قوله يمسح المقيم يوما وليلة قولا بلا دليل وفي ذلك التسوية بين حكم
الراحة والمشقة وهو خلاف موضوع الشرع وعن الثاني بان النزول للاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل مدة
السفر تيسيرا وهو رواية المعلى عنه يومين واكثر اليوم الثالث لان الانسان قد يسافر مسيرة ثلاثة ايام
فيعجل السير فيبلغ قبل الوقت بساعة ولا يعتد بذلك والشافعي قدره بيوم وليلة وربما يستدل على
ذلك بحديث عبد الوهاب وكفى بالسنة يعني ما روينا حجة عليهما وقوله وهو قريب من الاول لان التقدير
بثلاثة مراحل قريب الى التقدير بثلاثة ايام لان المعتاد في السير في كل يوم مرحلة خصوصا في قصر ايام السنة
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول عامة المشايخ فانهم قدروها بالفراسخ ثم اختلفوا فقال بعضهم احد وعشرون
فرسخا وقال آخر ثمانية عشر وآخرون خمسة عشر وقوله ولا يعتبر السير في الماء يعني اذا كان لموضع طريقان
احدهما في الماء يقطع بثلاثة ايام ولياليها اذا كانت الريح هادية والثاني في البر يقطع بيوم او يومين لا يعتبر
احدهما بالآخر فاذا ذهب الى طريق الماء قصر وان ذهب الى البر اتم ولو انعكس انعكس الحكم وانما المعتبر في البحر ما يليق بحاله
يعتبر السير فيه ثلاثة ايام ولياليها بعد ان كانت الريح مستوية لا ساكنة ولا غالبة كما في الجبل فانه يعتبر ثلاثة
ايام ولياليها في السير فيه وان كانت تلك المسافة في السهل تقطع بما دونها وقوله وفرض المسافر في
الرباعية ركعتان القصر في السفر في حق المسافر رخصة اسقاط عندنا وربما عبر بعض المشايخ عنه بالعزيمة
ورخصة عند الشافعي اي رخصة ترفيه ففرضه عندنا ركعتان لا يزيد عليهما وعنده فرضه الاربع واعتبر
بالصوم فالجامع رخصة شرعت للمسافر فيتخير كما في الصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذه
آية النافلة وهو ظاهر وقوله بخلاف الصوم جواب عن قياس الخصم لان الصوم يقضى يعني ان ترك الصوم الى
بدل والاثم علامة كونها نافلة وما ذكر من ترك بدل وهو القضاء فلا يرد علينا وفيه بحث من وجهين احدهما
ان هذا التعليل في مقابلة النص لان الله تعالى قال فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ولفظة لا جناح انما
تذكر للاباحة دون الواجب لان النبي صلى الله عليه وسلم سماه صدقة والتصدق عليه بالخيار في القبول وعدمه
والثاني ان القصر لو لزم عليه قضاء لاثم واذا اتم كان فرضا فلم يكن ما ذكر من آية النافلة والجواب عن الاول ان النص
مشترك الالزام لان الآية فلان الله تعالى قال ان تقصروا من الصلاة ان خفتم علق القصر بالخوف وهو ليس
بشرط القصر ذوات الصلاة بالاتفاق ولا بد من اعماله فكان متعلقا بقصر الاوصاف من ترك القيام الى القعود
او ترك الركوع والسجود الى الايماء لخوف عدو او غيره وعندنا قصر الاوصاف عند الخوف مباح لا واجب واما الثاني
فلان التصدق بما لا يحتمل التمليك من غير مفترض الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص اسقاط محض لا يرتد بالرد فلان
يكون من مفترض الطاعة اولى وعن الثالث انه لما اتى مكة صار مستطيعا فيفترض عليه ويأثم بتركها كالاغنياء لو
وان صلى ركعتا ظاهر وقوله وانه لم يقعد قدرها اي قدر قعدة التشهد بطلت صلاته لاختلاط النافلة
بها قبل اكمال اركانها لان القعدة الاخيرة ركن وقد تركها قبل احتياج صلاة المسافر كاحتياجها الى القعدة واذا لم
يقرأ في الركعتين وقام الى الثالثة ونوى الاقامة وقرأ في الاخريين جازت صلاته عندهما خلافا لمحمد فكيف يبطل

بترك القعدة واجيب بان كلامنا فيما اذا لم يقعد في الاول واتم اربعا من غير نية الاقامة لا يكون فيه
اختلاط النافلة بالفرض قبل اكماله وفيما ذكرتم لم يتركها لانه اذا نوى الاقامة صار فرضه اربعا وصار قراءة
في الاخريين قراءة في الاوليين والقعدة الاولى لم يبق فرضا وانما يصير مسافرا او يقصر الصلاة اذا فارق بيوت
المصر من الجانب الذي يخرج منه وان كان في غيره من الجوانب بيوت لان السفر ضد الاقامة والشيء اذا تعلق
بالشيء ضده بضده وحكم الاقامة وهو الاتمام لما تعلق بهذا الموضع تعلق حكم السفر بالمجاوزة وفيه اثر عن علي
رضي الله عنه روي انه خرج من البصرة يريد السفر فجاوز وقت الصلاة فاتمها ثم نظر الى خص امامه وقال لو جاوزنا هذا الخص
لقصرنا والخص بيت من قصب واختلفوا في قدر الانفصال من المصر فقال الامام الحلواني الاشبه ان
يكون قدر غلوة واعترض بان صلاة الجمعة والعيد يجوز اقامتها في هذا المقدار من المصر وهي لا تقام الا في
المصر فان كان هذا الموضع من المصر كيف جاز القصر وان لم يكن منه كيف جازت هذه الصلوات واجيب
بان فناء المصر انما يلحق به فيما كان من حوائج وقصر الصلاة ليس منها ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة
في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر لا بد وان نوى اقل من ذلك قصر عندنا وقال الشافعي
في قول اذا نوى اقامة اربعة ايام صار مقيما وفي قول آخر صار مقيما وان لم ينو واحتج للاول بقوله تعالى واذا
ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة علق القصر بالضرب في الارض ومن نوى الاقامة
فقد ترك الضرب والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه الا انا تركنا ما دون ذلك بدليل الاجماع وللثاني بقول
عثمان رضي الله عنه من قام اربعا اتم ولم يذكر النية وليس بصحيح لان ترك القصر يتحصل بنية ثلاثة ايام ايضا
والاجماع على عدم جوازها في الاربعة فالاجماع على ما دونها ذكره الطحاوي وقد روي عن عثمان رضي الله عنه
خلاف ذلك ايضا فلا يكون حجة ولنا ما ذكر انه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة
الطهر لانهما مدتان موجبتان فان مدة الطهر توجب اعادة ما سقط بالحيض والاقامة توجب اعادة ما سقط
في السفر فكما قدر ادنى مدة الطهر بخمسة عشر يوما فكذلك يقدر ادنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا ادنى مدة
الحيض والسفر بثلاثة ايام يكون بهما مسقطا له وهو ادنى النفر بخلاف الظهر ما روي مجاهد عن ابن عباس
وابن عمر رضي الله عنهم انهما قالا اذا دخلت بلدة وانت مسافر وفي عزمك ان تقيم بها خمسة عشر يوما فاكمل
الصلاة وان كنت لا تدري متى تظعن فاقصر [illegible] رسول
صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] وقوله وهو الظاهر من الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف ان الرعاة اذا نزلوا
موضعا كثير الكلا والماء ونووا الاقامة خمسة عشر يوما [illegible] صاروا مقيمين
وكذلك اهل الاخبية [illegible]
[illegible]
[illegible] وقوله ولو صلى مسافر
[illegible] وقوله [illegible] عن جماعة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] وقوله واذا دخل العسكر
ارض الحرب [illegible]

والقرار كما ذكر في الكتاب فلم يكن دار اقامة ويعضده ما روى جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم اقام بتبوك عشرين يوما يقصر الصلاة **وقوله** وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام
انما ذكره وكان يعلم حكمه من حكم اهل الحرب لدفع ما عسى يتوهم ان نية الاقامة في دار الحرب انما لم تصح
لانها منقطعة عن دار السلام فكانت عن المفازة بخلاف مدينة اهل البغي لانها في يد اهل الاسلام
وكان ينبغي ان تصح النية وكذا اذا حاصروهم في البحر فقال لان حالهم مبطل عزيمتهم [illegible] لان
المحل وان كان صالحا للنية لكن ثمة مانعا اخر وهو انهم انما يقيمون لغرض فاذا حصل ارتحلوا فلا
تكون نيتهم مستقرة وهذا التعليل يدل على ان **قوله** في غير مصر **قال** في البحر ليس
بقيد حتى لو نزلوا لمدينة اهل البغي وحاصروه في الحصن لم تصح نيتهم ايضا لان [illegible]
عند حصول المقصود لا يقيمون فيها **وقوله** في الوجهين اي في محاصرة اهل الحرب واهل البغي
وقوله لانه موضع اقامة اي بيوت المدر وذكر الضمير لان الخبر يذكر وفرق ابو يوسف بين الاخبية
والابنية بان موضع الاقامة والقرار هو الابنية دون الاخبية ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم
اهل الاخبية مختلف فيها فمنهم من يقول لا يصح ابدا الا انهم ليسوا في موضع الاقامة والاصح انهم
مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة شيء للمرء اصل والسفر عارض يحصل عند قصد
الانتقال الى مكان بينه وبينه مدة السفر وهم لا يقصدون ذلك وانما ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى
الى مرعى فكانوا مقيمين ابدا **قال** وان اقتدى المسافر بالمقيم بين ههنا حكم اقتداء المسافر بالمقيم
وعكسه والاول يجوز اذا كان في الوقت ولا يجوز بعد خروجه **فان قيل** علل تغير فرضه بالتبعية
بقوله للتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك بقوله لاتصال المغير بالسبب فان المغير في الاول هو الاقتداء
وقد اتصل بالسبب وهو الوقت كما ان المغير في الثاني هو نية الاقامة وقد اتصل بالسبب وان اقتدى به في غيره
لم يجز لعدم اتصال المغير كما اذا نوى الاقامة بعد الوقت وانما قال وان دخل معه في فائتة ولم يقل وان
اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليه ما اذا دخل مسافر في صلاة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت فانه لم
تفسد وقد وجد الاقتداء لان الاتمام لزمه في الشروع مع الامام فالتحق بغيره من المقيمين واعترض
بان المتابعة لو استلزمت الاتمام لوجب على مسافر اقتدى به مقيم فاحدث المسافر واستخلف المقيم
ان يتم صلاته اربعا لانه صار متابعا للمقيم وليس كذلك فان فرضه لا يتغير واجيب بان الاعتبار
في ذلك للابتداء والمسافر كان فيه متبوعا لا تابعا **وقوله** فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل فيما قبله وتقريره
لانه لا يتغير بعد الوقت واذا لم يتغير كان اقتداؤه عقدا لا يفيد موجبه لاستلزامه احد المحذورين
لانه اما ان سلم على الركعتين كان مخالفا لامامه وهو مفسد وان اتم اربعا خلط النفل بالمكتوبة قصدا والقعدة
الاولى فرض في حقه نفل في حق الامام وكذلك القراءة في الاخريين فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق
القعدة ان اقتدى به في اول الصلاة او القراءة ان اقتدى به في الشفع الثاني وكلمة او لمانعة الخلو دون مانعة
الجمع لجواز اجتماعهما وذلك ايضا مفسد **واعترض** بوجهين احدهما ان الامام لو نسي القراءة الذي
اقتدى به في الشفع الاول وقضاها في الشفع الثاني جاز فينبغي ان يجوز في هذه الصورة اقتداء المسافر
بالمقيم وان كان بعد خروج الوقت لكون القعدة والقراءة فرضين على الامام ايضا كالمقتدي والثاني ان
اقتداء المتنفل بالمفترض في الشفع الثاني جائز مع ان القراءة على المفترض نفل وعلى المتنفل فرض فكان اقتداء
المفترض بالمتنفل واجيب عن الاول بان القضاء يلتحق بمحل الاداء فيبقى الشفع الثاني خاليا عن القراءة
فكان بناء الموجود على المعدوم وذلك لا يجوز وعن الثاني بان صلاة المتنفل اخذت حكم الفرض تبعا لصلاة
الامام ولهذا لو افسد المتنفل صلاته بعد الاقتداء وجب قضاؤها اربعا وان اقتدى المقيمون [illegible]

مسافر

صلى بهم ركعتين وسلم واتم المقيمون صلاتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين وقد
ادى ما التزم فلم تتم صلاته فينفرد بالباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح **وقوله** في الاصح
احتراز عما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون لانهم منفردون فيه ولهذا يلزمهم
سجود السهو اذا سهوا فيه فاشبهوا المسبوقين ووجه الاصح ما ذكر في الكتاب انه مقتد تحريمة
لا فعلا يعني في الشفع الثاني اما انه مقتد تحريمة فانه التزم الاداء معه في اول التحريمة واما انه
ليس بمقتد فعلا فلان فعل الامام قد فرغ بالسلام على راس الركعتين وكل من كان كذلك فهو لاحق ولا
قراءة على اللاحق لانه بالنظر الى كونه مقتديا بالتحريمة حرم عليه القراءة وبالنظر الى كونه غير مقتد فعلا
يستحب له القراءة لان فرض القراءة صار مؤدى فدار قراءته بين كونه حراما ومستحبا فكان الاحتياط
في الترك ترجيحا للمحرم بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة يعني في الاخريين لان الكلام فيه فبالنظر
الى كونه مقتديا كانت بدعة وبالنظر الى كونه منفردا كانت فرضا لانه لم يؤد فرض القراءة فكانت عليه
واجبة **فان قيل** فاذا كانت واجبة كيف قال فكان الاتيان اولى اجيب بان الاولوية لا تنافي
الوجوب لان المراد بالاولوية ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود في الوجوب وزيادة وفيه ما
فيه وقيل ذكره بمقابلة ما ذكر من قراءة المقيمين بعد فراغ امامهم المسافر لا بالنظر في نفسه وقيل
وقيل ذكره في مقابله **وقوله** فيتركها احتياطا ومراده ان جعله منفردا يوجب عليه القراءة ولو
تركها فسدت صلاته اولى من جعله مقتديا وفيه نظر لانه يوجب جعله منفردا ويستحب للامام
اذا سلم ان يقول اتموا صلاتكم فانا قوم سفر اي مسافرون وهذا يدل على ان العلم بحال الامام بكونه
مقيما او مسافرا ليس بشرط لانهم ان علموا انه مسافر فقوله هذا عبث وان علموا انه مقيم كان كذبا
فدل على ان المراد به اذا لم يعلموا حاله وهو مخالف لما ذكرنا في فتاوى قاضي خان وغيره ان من اقتدى
بامام لا يدري انه مقيم او مسافر لا يصح اقتداؤه والتوفيق بينهما ما قيل ان ذلك محمول على ما اذا بنوا
امر الامام على ظاهر حال الاقامة والحال انه ليس بمقيم وسلم على راس الركعتين وتفرقوا على ذلك
لاعتقادهم فساد صلاة الامام واذا علموا [illegible]
[illegible] **فان قيل** [illegible]
[illegible] واجب
على الامام فكيف قال يستحب [illegible]
على راس الركعتين [illegible] ان الظاهر من حاله انه مسافر حملا لامره على الصلاح فكان قوله هذا
بعد ذلك زيادة اعلام بانه مسافر وازالة للتهمة عن نفسه واقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فانه قال
حين صلى باهل مكة وهو مسافر [illegible] **قال** واذا دخل المسافر مصره اتم الصلاة
[illegible] وان لم ينو الاقامة فيه [illegible]
لان النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم كانوا [illegible] من غير
عزم جديد [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **وقوله** ومن كان له

وطن فانتقل منه اعلم ان عامة المشايخ قسموا الاوطان الى ثلاثة وطن اصلي وهو مولد الرجل والبلد
الذي تأهل فيه ووطن اقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة خمسة عشر يوما ويسمى وطن
سفر ايضا ووطن السكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر الاقامة فيه اقل من خمسة عشر يوما والمحققون
منهم قسموا الى الوطن الاصلي ووطن الاقامة ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لانه لم يثبت فيه الاقامة
بل حكم السفر فيه باق والاصل ان الوطن الاصلي يبطل بالوطن الاصلي دون وطن الاقامة بل بحكم السفر وانشاء
السفر وهو ان يخرج قاصدا مكانا يصل اليه في مدة السفر لان الشيء انما يبطل بما فوقه او بما يساويه ولا يبطل
بما دونه شيء فيبطل بما يساويه بدليل الاثر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عد نفسه بعد الهجرة بمكة من المسافرين
وقال اتموا صلاتكم فانا قوم سفر واما وطن الاقامة فيبطل بما يساويه وبما يفوقه فيبطل بكل منهما وبانشاء السفر
ايضا لانه ضده **فان قيل** لو صلح الوطن الاصلي فلو لم يبطله فالجواب انما لم يبطله بالاثر بما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة الى الغزوات ولم ينتقض وطنه بالمدينة حيث لم يجدد نية الاقامة
بعد الرجوع قوله لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع تفضي الى عشرة وخمسة عشر
دفعا للحكم وهو اي اعتبارها في مواضع ممتنع لان الاقامة حينئذ انما تكون بنية وله ان يخرج
دابته والسفر لا يعرى عن ذلك المقدار فيكون كل مسافر مقيما اذا نوى وهو فاسد لاختلاف
اللوازم الدالة على عدم الاجتماع قوله الا اذا نوى يستثنى من قوله لم يتم وقوله لان اقامة
المرء مضاف الى مبيته ظاهر الا ترى ان السوقي اذا قيل له اين تسكن يقول في محل كذا وان نهاره
كله في السوق قوله لان المعتبر في السببية عند عدم الاداء قبل آخر الوقت لما عرف في
الاصول ففي آخر الوقت ان كان مسافرا وفاتته الصلاة قضى ركعتين وان كان في الوقت مقيما فيه
وفاته قضى اربعا وان كان في اوله مسافرا واعترض بان كلامنا في القضاء واذا فاتت الصلاة عن وقتها
كان كل الوقت سببا لما عرف من آخر الوقت ان كان مسافرا وفاتته الصلاة قضى ركعتين وان كان في وقته
لا الجزء الاخير واجيب بان بعض المشايخ يقررون السببية على الجزء الاخير وان فات الوقت فكان ان يكون
المصنف قد اختار ذلك واقول الاعتراض ليس بوارد لان المصنف قال القضاء بحسب الاداء يعني كل من وجب
عليه اداء الاربع قضى اربعا ومن وجب عليه اداء ركعتين وهذا لا نزاع فيه وبه تبين ان المعتبر في السببية
للاداء وهو الجزء الاخير من الوقت وهذا ايضا لا نزاع فيه وبه تم مراد المصنف رحمه الله واما ان
السببية تنتقل بعد الفوت الى كل الوقت ليظهر اثره في عدم جواز القضاء العصر الفائت في يوم
الثاني وقت الاحمرار فذلك شيء آخر لا مدخل له في مراد المصنف وهذا اوضح فتأمله يغنيك عن
التطويل ونوقض بقوله القضاء بحسب الاداء بما اذا دخل المسافر في صلاة المقيم ثم ذهب الوقت ثم
افسد الامام او المقتدي صلاته على نفسه فانه يقضي ركعتين صلاة المسافر وقد وجبت عليه اداء الصلاة
اربعا واجيب بان لزوم الاربع لمتابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد فعاد الى اصله الا ترى
انه لو افسد الاقتداء في الوقت كان عليه ان يصلي صلاة السفر فكذلك هاهنا قوله والعاصي
والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء السفر على ثلاثة اقسام سفر طاعة كالحج والجهاد وسفر مباح
كالتجارة وسفر معصية كقطع الطريق والاباق عن المولى وحج المرأة بلا محرم والاولان سببان للرخصة
بالاتفاق واما الاخير فكذلك عندنا خلافا للشافعي قال الرخصة تثبت تخفيفا وما كان كذلك لا يتعلق
بما يوجب التغليظ لان اضافة الحكم الى وصف يقتضي علاقته فسادا في الموضع ولنا اطلاق النصوص **قال**
الله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر **وقال** صلى الله عليه وسلم فرض المسافر ركعتين
وقال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها والكل كما ترى مطلق فزيادة قيد ان لا يكون عاصيا

نسخ

نسخ على ما عرف في الاصول ولان نفس السفر ليس بمعصية اذ هو عبارة عن خروج مديد والمبيح هذا
المعنى شيء من المعصية وانما المعصية ما يكون بعده كما في السرقة او مجاورة كما اذا غصب خفا ولبسه
جاز له ان يمسح عليه لان الموجب ليس ترك مائه ولا محظور فيه انما هو في مجاورة وهو كونه مغصوبا
وموضعه اصول الفقه

باب صلاة الجمعة

تناسب هذا الباب لما قبله ان كلا منهما
ينتصف بواسطة الاول بواسطة السفر والثاني بواسطة الخطبة الا ان الاول شامل في كل ذوات
الاربع والثاني خاص في الظهر والخاص بعد العام لان التخصيص بعد التعميم والجمعة من الاجتماع كالفرقة
من الافتراق والميم ساكن عند اهل اللسان والقراء يضمونها وهي فريضة بالكتاب والسنة واجماع الامة
والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر
الله وذروا البيع امر بالسعي الى ذكر الله وهي الخطبة التي هي شرط جواز الجمعة اولى وآكده لكن بتحريم المباح
والامر للوجوب واذا كان السعي اليها واجبا فالى ما هو المقصود وهو الجمعة اولى وكذا ذلك بتحريم المباح
ولا يكون الا لامر واجب مقتضى الحكمة واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كتب عليكم الجمعة
في يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا فمن تركها تهاونا واستخفافا بحقها وله امام جائر او عادل الا لا جمع
الله شمله الا فلا صلاة له الا فلا صوم له الا ان يتوب فمن تاب تاب الله عليه واما الاجماع فلان الامة قد
اجمعت على فرضيتها وانما اختلفوا في اصل الفرض في هذا الوقت على ما يجيء واما المعقول فلانا
امرنا بترك الظهر لاقامة الجمعة والظهر فريضة لا محالة ولا يجوز ترك الفريضة الا لفرض
هو آكد منه ولها شروط زائدة على شروط سائر الصلاة فمنها ما هو في المصلي كالحرية والذكورة والاقامة
والصحة وسلامة الرجلين والبصر عند ابي حنيفة ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان
والجماعة والخطبة والوقت والاظهار حتى ان الوالي لو اغلق باب المصر وجمع فيه بحشمه وخدمه
ولم يأذن للناس بالدخول لم تجزه **قال** ولا تصح الجمعة الا في مصر جامع
هذا ابتداء شروط ليست في نفس صلاة المصلي وهو ظاهر وعرف المصر الجامع بقوله كل موضع له امير وقاض
ينفذ الاحكام ويقيم الحدود والمراد بالامير [illegible] على انصاف المظلوم من الظالم
بعد قوله ينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المرأة اذا كانت قاضية تنفذ
الاحكام ولا تقيم الحدود [illegible] عامة
الاحكام وذكر احدهما كان مغنيا عن ذكر الآخر [illegible] وعنه اي عن ابي يوسف المصر
اذا اجتمعوا اي اجتمع من عليه الجمعة لا كل من يسكن في ذلك الموضع من الصبيان والنساء والعبيد
لان من تجب عليهم مجتمعين فيه عبادة **قال** ابن شجاع احسن ما قيل فيه اذا كان اهلها بحيث لو اجتمعوا
في اكبر مساجدهم لم يسعهم [illegible] احتاجوا الى بناء مسجد آخر للجمعة وهذا الاحتياج غالبا
عند اجتماع من عليه الجمعة والاول اختيار الكرخي وهو ظاهر الرواية وعليه اكثر الفقهاء والثاني
اختيار ابي عبد الله الثلجي وعن ابي يوسف رواية اخرى غير هاتين الروايتين وهو كل موضع يسكنه
عشرة آلاف نفر فكان عنه ثلاث روايات قوله والحكم غير مقصور [illegible] جواز اقامة الجمعة ليس
مقصورا على المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر لان الفناء في حكم المصر في حوائج اهله ويغني عن هذا
التعليل تعريف الفقهاء وهو ما اعد لحوائج اهل المصر [illegible]
[illegible] السرخسي [illegible] الشافعي المصر ليس بشرط [illegible]
كل قرية [illegible] فيها الجمعة
تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وبما روي ان اول جمعة جمعت في الاسلام بعد المدينة ما جمعت بجواثا

فكتب اليه ان جمّع بها حيث ما كنت والجواب قوله عليه السلام لا الا في مصر جامع ينفي اقامتها
في القرى والصحابة حين فتحوا الامصار والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجمع الا في الامصار
والمدن وذلك اتفاق منهم على ان المصر من شرائط الجمعة والاية ليست بحجة له لان المكان مضمر
فيها بالاجماع حتى لا يجوز اقامة الجمع في البوادي بالاجماع فنحن نضمر المصر وهو يضمر القرية
مطلقا على البلاد. وقوله ويجوز يعني اقامة الجمعة بمنى ان كان الامام امير الحاج او كان الخليفة
مسافرا وانما قيد بكونه مسافرا لاحد امرين اما للتنبيه على انه لو كان مقيما كان بالجواز اولى واما
لنفي توهم ان الخليفة والسلطان اذا طاف في ولايته كان عليه الجمعة في كل مصر يكون فيه يوم الجمعة
لان امامة غيره انما تجوز بامره فامامته اولى وان كان مسافرا. وقوله لانها يعني منى على تاويل القرية
ويجوز ان يكون التانيث باعتبار الاخر لان تقديره لانها قرية من القرى يعني انها ليست بمصر ولا
من فنائه لزيادته على الغلوة ولهذا لا تعييد بها فلا تقام فيها الجمعة ولهما انها تتمصر في ايام الموسم
لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي والابنية والاسواق وعدم التعييد اي عدم اقامة صلاة العيد
للتخفيف لاشتغال الحاج باعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق في ذلك اليوم لا لعدم المصرية ولا
جمعة بعرفات في قولهم جميعا والفرق ان عرفات فضاء ومنى فيها ابنية. وقوله اما امير الموسم فيلي امور الحج
لا غير يشير الى انه استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى لان له الولاية حينئذ وقيل ان كان من اهل
مكة يقيمها وان استعمل على الموسم خاصة وان كان من اهلها لا يقيم عندهما ايضا. قوله ولا
يجوز اقامتها الا للسلطان اي الوالي الذي لا والي فوقه او كان ذلك الخليفة او من امره السلطان
وهو الامير او القاضي او الخطيب وقال الشافعي ليس ذلك بشرط لما روي ان عثمان حين كان محصورا
بالمدينة صلى علي الجمعة بالناس ولم يرو انه صلى بامر عثمان فكان الامر بيده ولنا ان الجمعة تقام
بجمع عظيم لكونها جامع وقد تقع المنازعة في التقدم بان تقدم طائفة شخصا واخرى اخر وقد تقع في
غيره اي في غير امر التقدم نحو التقدم من اذن من سبق الى الجامع والاداء في اول الوقت واخره فلا بد منه
اي من السلطان او من امره تتميما لامره واثر علي ليس بحجة لجواز ان ذلك كان بامر عثمان سلمنا ولكن انما فعل
لان الناس اجمعوا عليه وعند ذلك يجوز لان الناس احتاجوا الى اقامة الفرض فاعتبر اجماعهم
قال ومن شرائطها الوقت اي من شرائط الجمعة الوقت وهو وقت الظهر فتصح فيه ولا تصح
بعده لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث مصعب بن عمير الى المدينة قبل هجرته قال له اذا مالت
الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج وهو فيها اي الامام في صلاة الجمعة استقبل الظهر ولا يبنيه عليها
لاختلافهما اي لاختلاف الظهر والجمعة بدليل اذا اذن له مولاه بالجمعة بين ان يصلي الظهر والجمعة
مع تعين الرفق بالجمعة بالقلة ولو لم يكونا مختلفين لما خير كما في جماعة الظهر حيث يجب الاقل على مولاه من
الاربع او القيمة بالاختيار ولاختلافهما في اسمائهما وبناء فرضا على تحريمة فرض اخر لا يصح في اصح الروايات وقوله
ومنها اي من شرائط الجمعة الخطبة وهي اسم لما يخطب به وانما كانت شرطا لان النبي صلى الله عليه
ما صلاها بدون الخطبة في عمره وفيه بحث اما اولا فان بقاء الخطبة يجب ان يكون ركنا ولا يكون شرطا
لانها اقيمت مقام ركعتي الظهر وذلك ركن فكذلك ما قام مقامه فلا يتادى بالطهارة لانها لم يشترط فيها قيام
حالة الاداء ولو كانت شرطا لكان يراعى قيامها حالة الاداء كما اشترط قيام الطهارة وستر العورة واما
ثانيا فلانها اذا كانت شرطا كانت من ضرورات صلاة الجمعة لان شرط الشيء لازم له والملازمة يدل
على دوام وجوبه والدوام لا يستلزم الضرورة الا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يصل صلاة بدون
سننها كرفع اليد عند التحريمة والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما ولم يكن شيء من ذلك للصلاة لانه

الله تعالى

الله تعالى امر بالسعي اليها بقوله تعالى فاسعوا فيكون واجبة وليست مقصودة لذاتها لان الذكر الرفيع
لها بل لما هو المقصود وهو صلاة الجمعة حيث قال اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة ولو كانت المقصودة
لكان الذكر لها او لهما ان كانتا مقصودة فيتبين واذا لم يكن مقصودة لذاتها وهي فرض كانت شرطا لغيرها
ولو كانت شرطا لكان يراعي حالة الاداء قلنا الشرط وجودها لا وجودها حالة الاداء وعن وقوله
الثاني ان الدوام قد يستلزم الضرورة اذا دل الدليل الخارج على ذلك وقد قام الدليل هاهنا
على ذلك وهو انا نعلم بيقين ان شرط الظهر ترك للخطبة والفرض لا يترك لغير الفرض فكانت
فرضا فاما ان تكون فرضا لذاتها او لغيرها لا سبيل الى الاول لما ذكرنا فتعين الثاني وكان لازما
من لوازمه فكانت شرطا وهو اي الخطبة قبل الصلاة به وردت السنة وشرطيتها ايضا تقتضي
ذلك ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة مقدار ثلاث ايات في ظاهر الرواية وقال الطحاوي
مقدار ما يمس موضع جلوسه من المنبر يجري التوارث به ولفظ التوارث انما يستعمل في امر خطير
ذي شرف وقيل هو حكاية العدل عن العدل وهذه القعدة ليست بشرط عندنا بل هي للاستراحة
وقال الشافعي انها شرط حتى لا يكتفي عنده بالخطبة الواحدة وان طالت للتوارث ولنا ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان يخطب قائما خطبة واحدة فلما اسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة وفيه
كما ترى دليل على جواز الاكتفاء بخطبة واحدة لانه انما فعل ذلك ليكون لروح عليه لا لانه شرط ويخطب
قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث روي ان ابن مسعود لما سئل عن هذا قال الست تتلوا
قوله تعالى وتركوك قائما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب قائما حين انفض عنه الناس لاجل
العير المدينة والعتبي روي عن عثمان انه كان يخطب قاعدا انما فعل ذلك لمرض او كبر في اخر عمره
وقوله ويستحب فيها الطهارة يعني عن الجنابة والحدث جميعا كالاذان ووجه الشبه به ان
الخطبة ذكرها شبه بالصلاة من حيث انها اقيمت مقام شطر الصلاة وينافي بعد ذلك دخول الوقت
قيل في عبارته شطر لانه يدل على ان الاذان شطر الصلاة وليس كذلك وهو غلط لان قوله
كالاذان يتعلق بقوله فيستحب فيهما الطهارة لا بقوله وهي شطر الصلاة ولو خطب قاعدا او غير طاهر
جاز لحصول المقصود وهو الذكر والوعظ وخالف ابو يوسف والشافعي فيما اذا خطب على غير
طهارة وقال الشافعي وحده اذا خطب قاعدا في الاول لان الخطبة عنده شطر الصلاة لما في الاثر
وهو ما روي عن ابن عمر وعايشة قالا انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة فكما يشترط الطهارة في الصلاة
تشترط فيها والشافعي في الثاني ان الخطبة قائمة مقام ركعتين فيشترط فيها ما اشترط في
الصلاة والجواب انها ذكر والجنب والمحدث لا يمنعان عن ذكر الله فلا اثر لهما في الجنب وتاويل
الاثر انها في حكم الثواب كشطر الصلاة لا في شرائطها. وقوله الا انه يكره استثناء من قوله جاز
وقوله في الفصل التوارث متعلق بقوله يخطب قاعدا قوله ان الفصل بينهما وبين الصلاة يتعلق
بقوله او على غير طهارة وذلك كراهة بعيدة فاذا كان على غير طهارة وقيل يبتغي ان تعاد كما استحب
كما عاد الاذان. وقوله فان اقتصر على ذكر الله عز وجل جاز يعني اذا كان على قصد الخطبة فقال الحمد لله
او سبحان الله او لا اله الا الله جاز عند ابي حنيفة واما اذا قال ذلك لعطاس او لتعجب فلا يجوز بالاتفاق
وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة وهو مقدار التشهد عند الكرخي وقيل مقدار التشهد من
قوله التحيات لله الى قوله عبده ورسوله لان الخطبة هي الواجبة يعني بالاجماع والتسبيحة والتحميدة
او التهليلة لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا يجوز حتى يخطب خطبتين تشتمل الاولى على التحميدة والصلاة
على النبي صلى الله عليه وسلم والوصية بتقوى الله وقراءة اية وكذلك الثانية الا انه فيها بدل الاية

الدعا للمؤمنين والمؤمنات اعتبارًا للتوارث فانه جرى هكذا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولابي حنيفة قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والمراد به الخطبة باتفاق المفسرين وقد اطلق عليها
الذكر من غير فصل بين قليل وكثير فالزيادة عليه نسخ وما روي عن عثمان انه لما صعد المنبر اول جمعة
ولي قال الحمد لله فارتج عليه على بناء المفعول وتخفيف الجيم اي اغلق فنزل وصلى وكان بمحضر من علماء الصحابة
رضي الله عنهم فلم ينكر عليه احد منهم فدل على ان هذا المقدار كاف **قال** ومن شرائطها الجماعة
شرط الجمعة بالاجماع والاختلاف في العدد فعند ابي حنيفة اقلهم ثلاثة سوى الامام وعندهما
اثنان سواه **قال** المصنف والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان المثنى معنى الاجتماع لان
فيه اجتماع واحد باخر والجمعة منبئة عن معنى الاجتماع لما ذكر ان الجمعة مشتقة من الجماعة وفي
الجماعة اجتماع لا محالة ولهما اي لابي حنيفة ومحمد ان الجمع الصحيح انما هو الثلث يعني ان سلمنا
الجمعة ينبئ عن الاجتماع لكن الخطاب ورد للجمع وهو قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والجمع الصحيح
هو الثلاث لكونه جمعا تسمية ومعنى فان قيل فيما قاله ابو يوسف كذلك لانه يعتبر مع الامام اجاب
بقوله والجماعة شرط على حدة وكذلك الامام فلا يعتبر الامام من الجماعة وذلك لان قوله تعالى فاسعوا يقتضي
ثلاثة **وقوله** الى ذكر الله يقتضي ذاكرا فذلك اربعة فيجب ان يكونوا كلهم ممن يصلح اماما حتى اذا كان احدهم
صبيا او مجنونا لا يجوز بخلاف العبيد والمسافرين فان الجماعة تتم بهم لصلاحيتهم للامامة وكما ينفي الآية
ما فوق الثلث ينفي اشتراط الاربعين لعدم دلالته عليه بيقين **وقوله** فان نفر الناس على لفظ الماضي
ان نفروا قبل شروعهم في صلاة الجمعة مع الامام لا يصلي الجمعة بالاختلاف ويصلي الظهر وان نفروا
بعده فان كان قبل تقييد الركعة بالسجدة استقبل الظهر عند ابي حنيفة وبنى عليها الجمعة عندهما
وان كان بعده بنى عليها عندهم خلافا لزفر فانه يقول انها شرط الاداء فان التحريمة منهم مقارنا لتحريم الامام
ليس بشرط بالاتفاق ولو كانت شرط الانعقاد لاشترط بذلك كالوقت ودوامه شرط لصحة الجمعة
فكذا دوامها ولم يوجد اذا نفروا بعد السجود ولهما انها شرط الانعقاد لان الاداء ينفك عنها كما في
المسبوق واللاحق وما هو كذلك لا يشترط دوامها كالخطبة فان دوامها الى تقييد الركعة بالسجدة غير شرط
بالاتفاق وابو حنيفة يقول نعم هو شرط الانعقاد كما ذكرتم والانعقاد انما بالشروع في الصلاة والصلاة
لا يتم الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلاة لكونه في محل الرفض كما تقدم فلا بد من دوامها اليها اي من دوام
الجماعة الى الركعة بحذف المضاف اي الى تمام الركعة **وقوله** بخلاف الخطبة جواب عن قياسهما الجماعة بها
ووجهه ان الخطبة تنافي الصلاة فان الامام هو الذي يخطب ولا يمكنه ان يخطب في الصلاة فلا يشترط في
دوامها **قوله** ولا معتبر ببقاء النسوان ظاهر **وقوله** ولا تجب الجمعة على مسافر واضح **وقوله** لانهم تحملوه
يعني للحرج معناه ان سقوط فرض السعي عنهم لم يكن لمعنى في الصلاة بل للحرج والضرر فاذا تحملوا التحقوا
في الاداء بغيرهم وصار كالمسافر صام **قوله** ويجوز للمسافر واضح **وقوله** فاشبه الصبي يعني ان الجمعة
ليست بفرض عليهم ولو ام الصبي فيها لم يجز فكذا من اشبهه ولنا ان هذه اي سقوط الجمعة عنهم وانما الاجازة
باعتبار الجبر وهو رخصة لان الخطاب عام فيتناولهم الا انهم عذروا دفعا للحرج عنهم فاذا حضروا تقع
فرضا على ما بينا يعني قوله لانهم تحملوه واذا تحملوه يقع فرضا لانه لو لم يقع فرضا لكانه ما فرضا للدفع الحرج حرجا
وذلك خلف باطل اما الصبي فمسلوب الاهلية فلم يتناوله الخطاب والمراة لا تصلح لامامة الرجال **قوله** وينعقد
بهم اي بالمسافر والعبد والمريض الجمعة اشار الى رد قول الشافعي ان هؤلاء لا يصح امامتهم لكن لا ينعقد بهم في العدد
الذي تنعقد بهم الجمعة وذلك لانهم لما صلحوا للامامة فلان يصلحوا للاقتداء اولى **وقوله** ومن صلى الظهر في
منزله ظاهر **وقوله** لان عندنا الجمعة هي الفريضة اصالة لانه مامور بالسعي اليها منهي عن الاشتغال بالظهر وانما تقرر

تحقق

تحقق فوت الجمعة وهذه صورة الاصل والبدل ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل وهي ثابتة
لان فوتها انما يكون بفراغ الامام عن الصلاة وفرض المسئلة قبل ذلك ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق
الناس كافة لان التكليف بحسب القدرة والمكلف بالصلاة في هذا الوقت متمكن بنفسه من اداء الظهر دون
الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده فكان التكليف بالجمعة تكليف ما ليس في الوسع الا انه امر
باسقاط الظهر باداء الجمعة عند استجماع شرائطها فكان العذر لعينها مع القدرة مكروها **وقوله** وهذا
هو الظاهر تلويح منه الى غير ذلك فانه نقل عن محمد ان فرض الوقت الجمعة وله اسقاطها بالظهر وروي
عنه انه قال لا ادري ما اصل فرض الوقت في هذا اليوم ولكنه يسقط الفرض عنه باداء الظهر او الجمعة
يريد به ان اصل الفرض احدهما لا بعينه ويتعين بفعله ولكن ظاهر الرواية عن العلماء الثلاثة ما ذكره
في الكتاب **وقوله** فان بدا له اي بدا لمن صلى الظهر في منزله قبل صلاة الامام معذورا كان او غيره ان يحضرها
فتوجه والامام فيها فاما ان يدرك الجمعة مع الامام او لا فان ادرك الصلاة مع الامام انتقض ظهره
وانقلب نفلا وهذا المذكور في الكتاب وان لم يدركه بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل
حتى يدخل مع القوم وانما لم يذكر القسم الاول لانه يفهم من هذه اشارة هذا القسم لانه يشار الى ان الامام
مع الامام ليس بشرط لنقض الظهر عندهما بل الدخول كاف واذا كان بالدخول ينتقض فالاتمام اولى لان السعي
دون الظهر اذ هو ليس بمقصود بنفسه بل هو وسيلة الى اداء الجمعة والظهر فرض مقصود وما هو دون
الشيء لا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه لانا امرنا باسقاطه بها فجاز ان ينقضه وانما انث الظهر في الكتاب
بتاويل الصلوات واذا لم يكن التوجه ناقضا لضعفه كان كما اذا توجه بعد فراغ الامام ولابي حنيفة
ان السعي وهو المشي لا مشروعا الى الجمعة من خصائصها لكونها صلاة مخصوصة بمكان لا يمكن الاقامة
الا بالسعي اليها فكان السعي مخصوصا بها بخلاف سائر الصلوات لان اداها صحيح في كل مكان واذا كان من خصائصها
فان الاشتغال بركن من اركانها بجامع الاختصاص فيوثر في ارتفاض الظهر احتياطا اذ الاقوى يحتاط
لاثباته لا يحتاط لاثبات الاضعف واعترض بان السعي الموصل الى الجمعة مامور به وهذا السعي ليس بموصل
سلمناه ولكنه ضعيف لكونه وسيلة فلا يرتفض القوي لكن الظهر انما يبطل في ضمن اداء الجمعة لان تنقض
العبادة قصد الحرام فاذا لم يوجد لم ينتقض سلمناه لكنه لا ينتقض بمسئلة القارن اذا وقف بعرفات قبل ان
يطوف لعمرته فانه يصير رافضا لها ولو سعى الى عرفات لا يصير به رافضا لعمرته واجيب عن الاول
بان الحكم دائر مع الامكان لكون الامام في الجمعة والادراك ممكن بافعال الله تعالى وعن الثاني بانه لا نسلم انه
منزل لها لما صار نوبا وهو الجواب عن الثلث لانه تضمن الابطال في ضمنه لا الابطال الذي في ضمنها وعن الرابع بانه
لا نقض على وجه القياس لانهما اي العمرة والجمعة سواء في الارتفاض به وانما في الاستحسان فانه لا يرتفض العمرة
لكون السعي فيها منهيا عنه قبل طواف العمرة فصورته في نفسه والسعي الى الجمعة مامور به فكان في نفسه قوتا
ولا يلزم من ابطال القوي ابطال الضعيف **وقوله** بخلاف ما بعد الفراغ منها جواب عن قياسهما وهو
واضح **وقوله** ويكره ان يصلي المعذورون الظهر بجماعة الى اخره ظاهر **قال** ومن ادرك الامام يوم الجمعة
اذا ادرك الامام في صلاة الجمعة اذا كان في الركعة الثانية فهو مدرك لها بالاتفاق واذا ادركه بعد ما رفع
راسه من الركوع فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وبنى عليها الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم
فصلوا وما فاتكم فاقضوا لان المسبوق فضل صلاة الامام بلا تبديل **قوله** ما ادركتم فصلوا فان معناه من صلاة
الامام والذي فاته من صلاة الامام هو الجمعة فيصلي المأموم الجمعة وكذلك اذا ادركه في التشهد او في
سجود السهو عندهما وقال محمد ان ادرك مع الامام اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها
بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ولهذا الابتداء لا بنية الجمعة ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط وهو

الجماعة فبالنظر الى كونه ظهرا يصلي اربعا ويقعد على راس الركعتين بالنظر الى كونه جمعة ولا يقرا في الاخريين لاحتمال
النفلية فكان يجب في ذلك اعمال الدليلين وهو اولى من اهمال احدهما ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة لانه لا يلزمه
من نية الجمعة حتى لو نوى غيرها لم يصح اقتداؤه ومدرك الجمعة لا يبنى الا على الجمعة ولا وجه لما ذكره من اعمال
الوجهين لانهما صلوتان مختلفتان فكيف يبنى احدهما على تحريمة الاخرى وعورض بانه فيما ذكرتم تجويز
الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد لان الشيء ينتفي عند انتفاء شرطه واجيب بان وجوده في حق
الامام جعل وجودا في حق المسبوق كما في القراءة فاما الجمع بين صلاتين مختلفتين بتحريمة واحدة فيما لا يوجد
بحال ولا منه بما لا يوجد بحال فان قيل قد استدل لهما في اول البحث بالحديث فما وجه قوله بعد ذلك
ولهما الى آخره قلت لا ينافي ذلك يجوز ان يستدل على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول وكان الاول
استدلالا لا على ما اذا كان المدرك اكثر وذلك متفق عليه فليس الاستدلال لهما فقط بل لهم جميعا وكونه
الحديث يدل على المطلوب الثاني لهما لا ايضا الا بتاويله قيل قد روي عن الزهري باسناده الى ابي هريرة
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ادرك ركعة من الجمعة فقد ادركها وليضف اليها ركعة اخرى
وان ادركهم جلوسا صلى اربعا وهذا كما ترى بحضره على ما يقول محمد فما وجه ترك الاستدلال به لمحمد
قلت ضعفه فانه ما رواه الا الضعفاء اصحاب الزهري واما الثقات منهم كمعمر والاوزاعي ومالك فقد
رووا عنه من ادرك ركعة من صلاة فقد ادركها واما اذا ادرك ما دونها فحكمه مسكوت عنه ولا دليل
عليه وما روي من قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا الحديث يدل على مدعاهما واحد ابه وعلى تقدير ثبوته
فتاويله ادركهم جلوسا قد سلموا قوله واذا خرج الامام يوم الجمعة يعني لاجل الخطبة ترك الناس
الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته يريد به ما سوى التسبيح ونحوه على الاصح وقال بعضهم كل كلام وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا باس بالكلام في نفسه مباحا فلا استماع فلا اخلال في هذين الوقتين بخلاف الصلاة
فانها قد تمتد فيفضي الى الاخلال ولابي حنيفة حديث ابن عمر وابن عباس انهما رويا عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام والمصير اليه واجب فان قيل المصير اليه واجب اذا لم يكن له معارض
وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا نزل عن المنبر سال الناس عن حوائجهم وعن اسعار السوق
ثم صلى اجيب بان ذلك كان حين كان الكلام مباحا في الصلاة فكان يباح في الخطبة ايضا ثم
نهي بعد ذلك عن الكلام فيهما قوله واذا اذن المؤذنون ذكر المؤذنين بلفظ الجمع اخراجا للكلام مخرج
العادة وكان الطحاوي يقول المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذي كان
للجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك في عهد ابي بكر وعمر وهو اختيار شيخ الاسلام والاصح
ان المعتبر في وجوب السعي وكراهة البيع هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به مع ما ذكرنا
في قول الحسن آنفا وهو مختار شمس الائمة السرخسي

باب صلاة العيدين

اي باب صلاة العيدين لان الكلام في كتاب الصلاة حذفه للعلم به وسمي يوم العيد بالعيد لان الله تعالى فيه عوائد
الاحسان الى عباده ومناسبتها للصلاة صلاة الجمعة في ان كلا منهما صلاة نهارية تؤدى بجمع عظيم يجهر
بالقراءة فيهما ويشترط لاحدهما ما يشترط للاخرى سوى الخطبة ويشتركان ايضا في حق التكليف فانها تجب
على من تجب عليه الجمعة وقدم الجمعة لكونها فريضة او لكثرة وقوعها قال وتجب صلاة العيد على من تجب
عليه الجمعة لا تجب صلاة العيد على المسافر والعبيد والمريض كالجمعة للمعنى الذي ذكرناه في باب الجمعة
فان قيل حال العبد هاهنا ليست كهي في الجمعة اذا اذن له المولى لان للجمعة خلفا وهو الظهر فلم تجب
الجمعة اجيب بان المنافع لم تصر مملوكة له بالاذن لانها غير مستثناة على المولى فبقي الحال بعد الاذن
كهي قبله كما في الحج فانه لا يقع عن حجة الاسلام وان حج باذن مولاه واعاد لفظ الجامع الصغير لمخالفة رواية

القدوري فانه ذكر في القدوري بلفظ الواجب وفي الجامع الصغير بلفظ السنة والمراد
من اجتماع العيدين كون يوم الفطر والاضحى يوم الجمعة وغلب لفظ العيد لخفته كما في العمرين او
لانه مذكر كما في القمرين ولا يترك واحد منهما اما الجمعة فلانها فريضة واما العيد فلان تركها بدعة
وضلال قوله وجه الاول مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها في بعض النسخ وقع بلفظ من غير
ترك وهو لا يحتاج الى عناية وفي بعضها لم يذكر ذلك ويحتاج الى ان يقال معناه ذلك وانما تركه اعتمادا
على ما ذكر في اخر باب ادراك الفريضة ولا سنة دون المواظبة والمواظبة انما تكون دليل الوجوب
اذا كانت من غير ترك قوله وجه الثاني ظاهر وقوله ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى
يعني جهرا في الطريق الذي يخرج منه الى عيد الفطر وهذه رواية المعلى عنه وروى الطحاوي عن استاذه
ابن عمران البغدادي عنه انه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهرا وبه اخذ ابو يوسف ومحمد اعتبارا
بالاضحى وجه الاول ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد في الاضحى لانه يوم تكبير قال الله
تعالى واذكروا الله في ايام معدودات جاء في التفسير ان المراد به التكبير في هذه الايام ولا كذلك يوم الفطر
لانه لم يرد به الشرع وليس في معناه ايضا لان عيد الاضحى اختص بركن من اركان الحج والتكبير شرع علما
على وقت افعال الحج وليس في شوال ذلك فان قيل لا نسلم ان الشرع لم يرد به فان الله تعالى قال ولتكملوا
العدة ولتكبروا الله على ما هداكم فامر بالتكبير بعد اكمال ايام شهر رمضان وروى نافع عن ابن عمر ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الفطر ويوم الاضحى رافعا صوته بالتكبير وهذا النص في الباب
اجيب بان المراد بما في الاية التكبير في صلاة العيد والمعنى صلوا صلاة العيد وكبروا الله فيها
ومدار الحديث على الوليد بن محمد عن الزهري والوليد متروك الحديث قال ولا يتنفل في المصلى
قبل العيد التنفل قبل صلاة العيد في المصلى وغيره للامام وغيره مكروه كما في الكتاب وقد ورد النهي
والانكار في ذلك عن الصحابة كثيرا روي عن ابن مسعود وحذيفة انهما كانا ينهيان الناس عن الصلاة
قبل الامام يوم الفطر وروي ان عليا خرج الى المصلى فراى قوما يصلون فقال ما هذه الصلاة التي لم نكن
نعرفها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له الا تنهاهم فقال اكره ان اكون الذي ينهى عبدا
اذا صلى قوله خاصة وعامة نصب على الحال من الضمير الذي في المستقر في الظرف قوله واذا حلت
الصلاة عبر بالحل عن جوازها لانها كانت حراما قبل ارتفاع الشمس لما مر في الحديث وقوله لانه عليه السلام
كان يصلي العيد والشمس على قيد اي على قدر رمح او رمحين دليل دخول الوقت قوله ولما شهدوا بالهلال له
دليل خروج الوقت وذلك لانه عليه السلام امر بالخروج الى المصلى من الغد لاجل الصلاة وكان ذلك تاخيرا
بلا عذر سماوي ولو لم يخرج الوقت لما فعل ذلك لان الصلاة تجوز فيها اولى وفعله عليه السلام لاجل
الاعلى الاولى مما قوله وظهر عمل العامة اي عمل الناس كانه يقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فان
الولاية لما انتقلت اليهم امروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا في مناشيرهم ذلك وعن هذا
صلى ابو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلاة العيد وكبر تكبير ابن عباس فانه صلى خلفه هارون
الرشيد وامره بذلك وكذا روي عن محمد لا مذهبا واعتقادا فان المذهب هو القول الاول
وهو قول ابن مسعود وهو مذهب عمر وابي موسى الاشعري وحذيفة وابن الزبير وابي هريرة وابي
مسعود الانصاري فكان اولى بالاخذ وقال ابو بكر الرازي حدثنا الطحاوي يسنده الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه صلى يوم العيد وكبر اربعا اربعا ثم اقبل بوجهه حين انصرف فقال اربع لا تسهوا كتكبير الجنائز
واشار باصابعه وقبض ابهامه ففيه قول وفعل واشارة الى اصل وتاكيد فلا جرم كان الاخذ به اولى ولان
قوله اربعا اربع تكبيرات متوالية ولان التكبير ورفع الايدي من حيث المجموع خلاف المعهود في الصلوات فكان

ولاحد بالقليل اوليختم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها كان كتكبيرة الافتتاح فكان الاصل فيه الجمع
لان الجنسية علة الضم ففي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق
وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها وقوله والشافعي اخذ بقول ابن عباس الا انه حمل المروي
على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر فيه اشتباه لان قوله حمل المروي اما انه
يريد به المروي في هذا الكتاب بقوله اولا وقال ابن عباس يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية
يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وغير ذلك فان كان الثاني كان في الكلام تعقيد يجل وعدل المصنف
عن ذلك وان كان الاول لم يتم التكبيرات الى ذلك المقدار لان الزوائد فيه تسعة او عشرة وبالاصليات
تكون اثنتي عشرة او ثلاث عشرة وايضا قال فاذا اضيف الى خمسة وخمسة كانت ثلاثة عشر واذا اضيف
الى خمسة واربعة صارت ثنتي عشرة وعلى هذا عمل العامة اليوم وحمل الشافعي المروي على الزوائد فاذا اضيفا
اليها الاصليات صارت خمسة عشر او ستة عشر فكان مراده بالمروي ما روي عن ابن عباس فلا تعقيد
في ذلك لان التفسير المذكور في الكتاب يدل عليه ومعنى قوله وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس
على تفسير علمائنا الاول لا على ما حمل عليه الشافعي وظهر من هذا انه ان ما عليه عمل علمائنا انما هو مذهب ابن عباس
لا مذهب الشافعي **قال** في المحيط ثم عملوا برواية الزيادة في عيد الفطر وبرواية النقصان في عيد
الاضحى بالنقصان لاستعجال الناس بالقرابين **قوله** ويرفع يديه في تكبيرات العيدين مقدار ثلاث
تسبيحات لان صلاة العيد تقام بجمع عظيم فلو والى بين التكبيرات يشتبه على من كان نائيا عن الامام
والاشتباه يزول بهذا القدر من المكث وقال في المبسوط ليس هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام
وقلته لان المقصود ازالة الاشتباه عن القوم وذلك يختلف بحسب كثرة القوم وقلته وعن ابي يوسف انه
لا يرفع يديه لان السنة الرفع سنة الافتتاح ولا افتتاح في الزوائد فلا رفع كما في تكبيرة الركوع والحجة عليه
ما روينا لان ما قاله قياس ترك بالاثر ويأتي بالثناء عقيب تكبيرة الافتتاح قبل الزوائد وكذلك التعوذ عند
ابي يوسف وعند محمد يستعيذ عند القراءة **قال** ثم يخطب بعد الصلاة خطبتين الخطبة في
صلاة العيد كالخطبة في الجمعة من وجهين احدهما ان الجمعة لا تجوز بلا خطبة بخلاف العيد والثاني انها
في الجمعة متقدمة على الصلاة بخلاف العيد ولو قدمها في العيد ايضا جاز ولا تعاد الخطبة بعد الصلاة
وفي الكتاب ظاهر **قوله** ومن فاتته صلاة العيد مع الامام اي ادى الامام صلاة العيد ولم يؤدها هو لم
يقضها عندنا وقال الشافعي يصلي وحده كما يصلي مع الامام لان الجماعة والسلطان ليس بشرط عنده فكان
له ان يصلي وحده كما وعندنا هي صلاة لا تجوز اقامتها الا بشرائط مخصوصة من الجماعة والسلطان فاذا
فاتت عجز عن قضائها فان قيل هي قائمة مقام صلاة الضحى ولهذا تكره صلاة الضحى قبل صلاة العيد ولم
يؤدها هو لم يقضها عندنا وقال الشافعي يصلي وحده كما يصلي مع الامام لان الجماعة والسلطان ليس بشرط
عنده **قوله** وقد ورد فيه الحديث اي المعهود وهو ما ذكره قبل هذا ان ناسا شهدوا بالهلال بعد الزوال
امر بالخروج الى المصلى الى الغد وما بعده ظاهر **قوله** والتعريف الذي يصنعه الناس انما قيد بقوله
يصنعه الناس لما انه يجيء لمعان للاعلام والتطيب من التعريف وهو الريح وانشاد الضالة والوقوف بعرفات
والتشبه باهل عرفات وهو المراد هاهنا **قوله** ليس بشيء اي ليس بشيء معتبر يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب
وما نقل عن ابن عباس انه فعل ذلك بالبصرة محمول على انه كان للدعاء لا للتشبه باهل عرفة **قال**
في تكبيرات التشريق تكبير التشريق لما كان ذكرا مختصا بالاضحى ناسب ذكره في فصل على حدة ثم قيل ترجمة
الفصل بتكبير التشريق وقع على قولهما لان شيئا من التكبير لا يقع في ايام التشريق عند ابي حنيفة ويجوز
ان يقال باعتبار القرب احد اسمه **قال** ويبدأ بتكبير التشريق اختلف الصحابة في ابتداء التشريق

والنهاية

وانتهائه فاما ابتداؤه فكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود قالوا يبدأ بالتكبير بعد صلاة الفجر من يوم عرفة
وبه اخذ علماؤنا في ظاهر الرواية وصغارهم عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت قالوا يبدأ بالتكبير
من صلاة الظهر من يوم النحر واليه رجع ابو يوسف في بعض الروايات عنه واما انتهاؤه فقال ابن مسعود صلاة
العصر من اول يوم من ايام النحر فعنده ثمان صلوات يكبر فيها وبه اخذ ابو حنيفة وقال علي وابن عمر في احدى
الروايتين عنه انتهاؤه من صلاة العصر من آخر ايام التشريق فيكون ثلاث وعشرون صلاة وبه اخذ ابو
يوسف ومحمد ووجه كل من ذلك ما ذكره في الكتاب وذكر في الخلاصة ان ايام النحر ثلاثة وايام التشريق
ثلاثة ويمضي ذلك في اربعة ايام فان العاشر من ذي الحجة نحر خاص والثالث عشر تشريق خاص والبواقي
فيما بينهما للنحر والتشريق **قوله** وهذا هو المأثور عن الخليل عليه السلام قيل اصل ذلك ما روي
ان جبريل لما جاء بالفداء خاف العجلة على ابراهيم فقال الله اكبر الله اكبر فلما رآه ابراهيم قال لا اله الا الله
والله اكبر فلما علم اسمعيل بالفداء قال الله اكبر ولله الحمد فبقي في الاخريين اما سنة او واجبا على ما يذكر
وروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال افضل ما قلت وقالت الانبياء قبلي يوم عرفة الله اكبر الله اكبر
لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد **قوله** مرة واحدة واحترز عن قول الشافعي فانه يذكر التكبير
ثلاث مرات وله في ذكر التهليل بعده قولان **وقوله** وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين يشير
الى انه اختار كونه واجبا وهو اختيار فخر الاسلام وصدر الاسلام والاصل فيه قوله تعالى واذكروا الله في
ايام معدودات فانه جاء في التفسير ان المراد به ايام التشريق وبه قال الشافعي ومالك واحمد وفي قوله
عقيب الصلوات اشارة الى انه لا يجوز ان يتخلل ما يقطع به تحريمة الصلاة حتى لو قام وخرج من المسجد او تكلم
لم يكبر وفي قوله المفروضات اشارة الى انه لا تكبير بعد الوتر وصلاة العيد والنافلة وقيد بالاقامة لان
المسافر لا يكبر الا اذا اقتدى بمقيم وقيد بالامصار لانه لا تكبير في القرى وقيد بالجماعات لانه لا تكبير على المنفرد
وله ما روينا من قبل يريد به ما ذكر في اول باب الجمعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا جمعة ولا تشريق ولا
فطر ولا اضحى الا في مصر جامع فان قيل هذه التكبيرات شرعت تبعا للمكتوبات فكيف تشترط لها ما لم يشترط
للمتبوع قلنا بالنص على خلاف القياس واختلف المشايخ في اشتراط الحرية على قوله فمنهم من شرطها
قياسا على الجمعة والعيد ومنهم من لم يشترطها قياسا على سائر الصلوات وفائدته تظهر فيما اذا ام العبد
صلاة مكتوبة في هذه الايام فمن شرطها لم يوجب التكبير ومن لم يشترط اوجبه قال يعقوب صليت بهم المغرب
فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل اي قول ابي يوسف على ان الامام وان ترك التكبير لا بد على المقتدي لما ذكره
في الكتاب بخلاف سجود السهو فانه اذا تركه الامام لا يأتي به المقتدي لانه يؤتى به في حرمة الصلاة بخلاف التكبير
ولكن انما يكبر القوم قبل الامام اذا وقع اليأس عن تكبير الامام بان قام قيل في ذكر هذه الحكاية فوائد منها بيان
منزلته عند استاذه حيث قدمه واقتدى به ومنها بيان حسن اسناده في قلبه فانه لما علم ان المقتدي عن حسن
استاذه سهى عما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير ومنها مبادرة استاذه الى الستر عليه حيث كبر له
هو وكبر وهكذا ينبغي ان يكون المعاملة بينه بين كل استاذ وتلميذه يعني ان التلميذ يعظم الاستاذ والاستاذ
يستر عليه

باب صلاة الكسوف

قرن صلاة الكسوف بصلاة العيد لانهما يؤديان
بالجماعة في النهار بغير اذان واقامة واخرها عن العيد لان صلاة العيد واجبة في الاصح على ما مر يقال كسفت
الشمس تكسف كسوفا وكسفها الله كسفا يتعدى ولا يتعدى قال جرير يرثي به عمر بن عبد العزيز فقال
الشمس طالعة ليست بكاسفة تبكي عليك نجوم الليل والقمرا قيل معناه تكسف ضوء النجوم مع طلوعها
ولكن لقلة ضوءها وبكاها عليك لم يظهر لها نور وقيل معناه تغلب النجوم في البكاء يقال باكيته فبكيته اي غلبته
في البكاء وهي حسرة عم اجمعت الامة على ذلك وسبب شرعيتها الكسوف ولهذا انضاف اليه وشروطها شروط

سائر الصلوات وهي سنة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاها وكيفية ادائها ان يصلي امام الجمعة
في الجامع او في المصلى في الاوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة بلا اذان ولا اقامة بركوع
واحد وقال الشافعي رحمه الله اذا كسفت الشمس في وقت مكروه او غيره نودي للصلوة جامعة وصلى
الامام بالناس ركعتين يقرا في الاولى بفاتحة الكتاب وسورة البقرة ان حفظها والا فبما يعدلها من
غيرها ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع راسه ويقوم ويقرا سورة آل عمران ان حفظها
والا فبما يعدلها من غيرها ثم يركع ثانيا ويمكث في ركوعه مثل ما مكث في قيامه هذا ثم يرفع راسه ثم يسجد سجدتين
ثم يقوم فيمكث في قيامه ويقرا فيه مقدار ما قرا في القيام الثاني من الركعة الاولى ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل
مكثه في هذا القيام ثم يقوم ويمكث في قيامه مثل ما مكث في الركوع ثم يركع ويمكث فيه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع
راسه ويقوم مثل ثاني قيامه الاولين هذه الركعة ثم يسجد سجدتين ويتم الصلوة واحتج على ذلك بحديث عائشة
رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف ركعتين باربع ركوعات واربع سجدات ولنا حديث
عبد الله بن عمرو والنعمان بن بشير وابي بكرة وسمرة بن جندب رضي الله عنهم بالفاظ مختلفة ان النبي صلى الله
عليه وسلم صلى في كسوف الشمس ركعتين كاطول صلوة كان يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها واذا تعارض
الروايتان كان الترجيح لرواية ابن عمرو لان الحال اكشف على الرجال لقربهم وتاويل ما رواه ما ذكره محمد في
صلوة الاثر قال يحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم اطال الركوع زيادة على قدر ركوع سائر الصلوات فرفع
اهل الصف الاول رؤسهم ظنا منهم انه عليه الصلاة والسلام رفع راسه من الركوع فمن خلفهم رفعوا رؤسهم
فلما راى اهل الصف الاول رؤسهم ظنا منهم انه عليه الصلاة والسلام رفع راسه من الركوع فمن خلفهم
رفعوا رؤسهم فلما راى اهل الصف الاول رسول الله صلى الله عليه وسلم راكعا ركعوا فمن خلفهم ركعوا فلما
رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم راسه من الركوع رفع القوم رؤسهم ومن كانوا خلف الصف الاول ظنوا انه
ركع ركوعين فرووا على حسب ما وقع عندهم ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في آخر الصفوف وعائشة
رضي الله عنها كانت واقفة في صف النساء فان قيل قد روي حديثه من الرجال ابن عباس وقد كان في صفهم
اجيب بانه كان في صف الصبيان في ذلك الوقت. وقوله ويطول القراءة فيهما اي في الركعتين. وقوله
فبيان الافضل لان فيه متابعة النبي صلى الله عليه وسلم فانه صح ان قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في
الركعة الاولى بقدر سورة البقرة وفي الثانية بقدر سورة آل عمران. وقوله فلهما رواية عائشة رضي الله عنها
فانها روت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرا قراءة طويلة فجهر بها يعني في صلوة الكسوف وله رواية
ابن عباس وسمرة بن جندب رضي الله عنهم انه لم يسمع من قراءته فيها حرفا والترجيح تقدم من قبل يعني قوله
ان الحال اكشف على الرجال لقربهم فان قيل ذكر في المبسوط ان عليا رضي الله عنه روى حديثهما فان صح ذلك
فما جوابه اجيب بان الجواب بالرجوع الى الاصل فانها صلوة نهارية والاصل فيها الاخفاء قال صلى الله عليه
وسلم صلوة النهار عجماء وقد تقدم ذلك. وقوله ويدعو بعدها اي بعد صلوة الكسوف ان شاء جالسا
مستقبل القبلة وان شاء قائما وان شاء يستقبل القوم بوجهه والقوم يؤمنون. وقوله من هذه الافزاع الفزع
الخوف وكلامه واضح وقوله فان لم يحضر يعني الامام صلى الناس فرادى ركعتين وان شاؤا اربعا لانها
تطوع والاصل في التطوعات ذلك. وقوله تحرزا عن الفتنة اي فتنة التقديم والتقدم والمنازعة فيهما
وقوله وليس في كسوف القمر جماعة عاب اهل الادب محمدا في هذا اللفظ وقالوا انما يستعمل في القمر
لفظ الخسوف قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر وقال في المغرب يقال كسفت الشمس والقمر
جميعا. وقوله فافزعوا الى الصلوة الحديث روى ابو مسعود الانصاري رضي الله عنه قال انكسفت
الشمس يوم مات ابراهيم ولد النبي صلى الله عليه وسلم فقال الناس انما انكسفت لموته فقال عليه السلام

ان الشمس

ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت احد ولا لحيوته فاذا رايتم شيئا من هذه
الاهوال فافزعوا الى الصلوة اي التجئوا اليها فان قيل الامر والامر للوجوب فكان ينبغي ان تكون صلوة
الكسوف واجبة قلنا قد ذهب الى ذلك بعض اصحابنا واختاره صاحب الاسرار والعامة ذهبت
الى كونها سنة لانها ليست من شعائر الاسلام فانها توجد بعارض لكن صلاها النبي صلى الله عليه وسلم
فكانت سنة والامر للندب. وقوله وليس في الكسوف اي كسوف الشمس والقمر خطبة وقال الشافعي
في كسوف الشمس يخطب بعد الصلوة خطبتين كما في العيد لما روت عائشة رضي الله عنها قالت
خسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ثم خطب فحمد الله واثنى عليه ولنا انه لم ينقل
وذلك دليل على انه لم يفعل وان صح فتاويله انه عليه الصلاة والسلام خطب لان الناس كانوا يقولون انها
كسفت لموت ابراهيم فاراد ان يرد عليهم

باب صلوة الاستسقاء

اخر صلوة
الاستسقاء عن صلوة الكسوف لان صلوة الكسوف سنة وقال ابو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقاء
صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى
استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا روي ان قوم نوح عليه السلام لما كذبوه بعد
طول تكرير الدعوة حبس الله عنهم القطر واعقم ارحام نسائهم اربعين سنة وقيل سبعين سنة
فوعدهم انهم ان آمنوا رزقهم الله الخصب ورفع عنهم ما كانوا عليه ووجه الاستدلال به ان شرائع
من قبلنا شرائع لنا اذا قص الله ورسوله من غير انكار وهذا كذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى
ولم يرو عنه الصلوة وانما المروي عنه عليه الصلوة والسلام في ذلك الدعاء روى انس رضي الله عنه
ان الناس قد قحطوا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله صلى الله
عليه وسلم يخطب فقال يا رسول الله هلكت المواشي وخشينا على انفسنا فادع الله ان يسقينا
فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه فقال اللهم اسقنا غيثا مغيثا هنيئا مريئا غدقا مغدقا
عاجلا غير رائث قال الراوي وما كان في السماء قزعة فارتفعت السحاب من هنا ومن هنا حتى صارت ركاما ثم
مطرت سبعا من الجمعة الى الجمعة ثم دخل ذلك الرجل والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب والسماء تسكب
فقال يا رسول الله تهدم البنيان وانقطع السبل فادع الله ان يمسكه فتبسم رسول الله صلى الله عليه
وسلم لملالة بني آدم قال الراوي والله ما نرى في السماء خضراء ثم رفع يديه فقال اللهم حوالينا ولا علينا
اللهم على الآكام والظراب وبطون الاودية ومنابت الشجر فانجابت السحابة عن المدينة حتى صارت حولها
كالاكليل ولم يذكر غير الدعاء وقالا يصلي الامام ركعتين لما روي انه عليه الصلاة والسلام صلى فيها ركعتين
كصلوة العيد في الجهر بالقراءة والصلوة بلا اذان ولا اقامة رواه ابن عباس رضي الله عنهما قلت فدل ذلك على
الجواز وعدم الامتناع وانما الكلام في انها سنة او لا والسنة ما واظب النبي عليه وهنا فعله مرة وتركه
اخرى فلم يكن سنة [illegible]
لانه قاله [illegible] الصلوة [illegible]
شاذا فيما تعم به البلوى [illegible] وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده يعني ان
ابا يوسف مع ابي حنيفة وهكذا ذكره في المبسوط والمحيط وذكر في شرح الطحاوي قول محمد كما
ذكر في الكتاب. وقوله ويجهر فيهما بالقراءة اتفاقا على الجهر بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد واختلفوا
في الخطبة فقال محمد هي كخطبة العيد وقال ابو يوسف خطبة واحدة [illegible] والخطبة
عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده قال ابن عباس رضي الله عنهما خرج رسول الله صلى الله
عليه وسلم متبذلا متواضعا متضرعا حتى اتى المصلى [illegible] على المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل [illegible]

في الدعاء والتضرع والتكبير ويستقبل القبلة لما روي انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك روي عن ابي
يوسف انه قال ان شاء رفع يديه في الدعاء وان شاء اشار باصبعه ويقلب رداءه وصفة القلب ان كان الرداء
مربعا ان يجعل اعلاه اسفله واسفله اعلاه وان كان مدورا بان كان جبة ان يجعل الايمن الايسر والايسر الايمن
قوله لما روينا يريد به قوله لما روي انه عليه الصلاة والسلام استقبل وحول رداءه قال المصنف
رحمه الله هذا قول محمد واما عند ابي حنيفة فلا يقلب ولم يذكر قول ابي يوسف لانه مضطرب ذكره الحاكم
مع ابي حنيفة والكرخي مع محمد. قوله لانه اي الاستسقاء دعاء وليس في شيء من الادعية قلب رداء فكذا
هذا. قوله وما رواه كان تفاؤلا جواب عن استدلالهم بالحديث ومعناه ان النبي عليه وسلم تفاءل
تغير الهيئة لتغير الهواء يعني غير ما كان عليه فغير الله الهم الحال في كلامه نظر من وجهين احدهما انه
تعليل في مقابلة النص وهو باطل والثاني هب انه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك فليتفاءل كل من يبتلي بذلك
تاسيا به صلى الله عليه وسلم والجواب عن الاول انه ليس تعليلا في مقابلة النص بل من باب العمل بالقياس بعد
تعارض النصين وذلك لان ما رواه محمد يدل على القلب وما روى انس رضي الله عنه يدل على انه لا تحويل فيه فتعارضا
فصير الى ما بعدهما من الحجة وهو القياس والمصنف لم يتعرض لذكره لتقدم ذكره وعن الثاني بان النبي صلى الله
عليه وسلم يجوز ان يكون علم بالوحي ان الحال ينقلب الى الخصب متى قلب الرداء وهذا مما لا يبتلي من غيره فلا فائدة
في التاسي ظاهرا فيما يفيده القياس. قوله ولا يقلب القوم ارديتهم قيل هو بالتشديد لان فيه تكثيرا خلاف
الاول. قوله لانه لم ينقل انه عليه الصلاة والسلام امرهم بذلك فيه نظر لانه استدلال بالنفي وهو باطل
لانه احتجاج بلا دليل وهو مما اصطنع في اخر باب الكسوف حيث قال لانه لم ينقل والجواب ان التعليل بالنفي لا يصح
اذا لم تكن العلة متعينة اما اذا كانت فلا باس به لان انتفاء العلة الشخصية يستلزم انتفاء الحكم الا ترى الى
قول محمد في ولد المغصوب انه لا يضمن لان الغصب لم يرد عليه وموضعه اصول الفقه فان قيل قد روي
ان القوم قلبوا ارديتهم حين راوا قلب النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم اجيب بان قلبهم هذا
كخلعهم النعال حين راوه عليه الصلاة والسلام خلع نعليه في صلاة الجنازة ولم يكن ذلك حجة فكذا هذا
وانما لم ينكر عليهم لانه ليس بحرام بالاتفاق وانما الكلام في كونه سنة. قوله ولا يحضر اهل الذمة
الاستسقاء ظاهر وانما يخرج المسلمون ثلاثة ايام ولم ينقل اكثر من ذلك قيل يستحب للامام ان يامر الناس
بصيام ثلاثة ايام وما اطاقوا من الصدقة والخروج من المظالم والتوبة من المعاصي ثم يخرج بهم اليوم الرابع
وبالعجائز والصبيان متنظفين في ثياب بذلة متواضعين لله ويستحب اخراج الدواب والله تعالى اعلم

باب صلاة الخوف

وجه المناسبة بين البابين ان شرعية كل منهما
لعارض خوف وقدم الاستسقاء لان العارض ثم انقطاع المطر وهو سماوي وههنا اختياري وهو الجهاد
الذي سببه كفر الكافر وصورة صلاة الخوف ما ذكره في الكتاب. قوله اذا اشتد الخوف ليس
الاشتداد شرطا عند عامة مشايخنا قال في التحفة سبب جواز صلاة الخوف نفس قرب العدو من غير
ذكر الخلاف والاشتداد وقال فخر الاسلام في مبسوطه المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو
لا حقيقة الخوف على ما عرف من اصلنا في تعليق الرخصة بنفس السفر لا بحقيقة المشقة لان السفر سبب
المشقة فاقيم مقامها فكذا حضرة العدو وههنا سبب الخوف فاقيم مقام حقيقة الخوف قيل صلاة
الخوف على الوجه المذكور في الكتاب انما يحتاج اليها اذا تنازع القوم فيها في الصلاة خلف الامام فقال
كل طائفة منهم نحن نصلي معك واما اذا لم يتنازعوا فالافضل ان يصلي الامام بطائفة تمام الصلاة ويرسلهم
الى وجه العدو ويامر رجلا من الطائفة التي كانت بازاء العدو ان يصلي بهم تمام صلاتهم ايضا ويقوم
التي صلت مع الامام بازاء العدو. قوله وابو يوسف وان انكر شرعيتها اي كونها مشروعا كان

يعود

يقول مثلا ما قال الاثرم رجع وقال كانت مشروعة في حيوة النبي صلى الله عليه وسلم خاصة لقوله تعالى
واذا كنت فيهم الاية ولينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه عليه الصلاة والسلام وقد ارتفع
ذلك بعده وكل طائفة يتمكن من اداء الصلاة بامام على حدة فلا يجوز اداؤها بصفة الذهاب والمجيء
قوله بما روينا يريد به قوله والاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا قال بعض الشارحين هذا في غاية البعد عن التحقيق لان ابا يوسف
لم ينكر شرعيتها في زمنه عليه الصلاة والسلام فكيف يكون لانه عليه الصلاة والسلام حجة على
ابي يوسف والجواب انه حجة من حيث الدلالة لا من حيث العبارة وذلك لان السبب هو الخوف وهو يتحقق
بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان في حيوته ولم يكن ذلك لنيل فضيلة الصلاة خلفه عليه الصلاة
والسلام لان ترك المشي والاستدبار في الصلاة فريضة والصلاة خلفه فضيلة ولا يجوز ترك
الفرض لاحراز الفضيلة والخطاب للرسول قد لا يختص به كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة والمعلق
بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه عندنا على ما عرف بل هو موقوف الى قيام الدليل وقد قام الدليل
على وجوده وهو فعل الصحابة رضي الله عنهم بعد النبي صلى الله عليه وسلم فانه روي عن سعد بن ابي وقاص
وابي عبيدة بن الجراح وابي موسى الاشعري وكذا روي عن سعيد بن العاص انه حارب المجوس بطبرستان
ومعه الحسن بن علي وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن العاص وصلى بهم صلاة الخوف ولم ينكر
احد فحل محل الاجماع. قوله ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب مذهبنا وقال الثوري بالعكس
لان فرض القراءة في الركعتين الاوليين فينبغي ان يكون لكل طائفة في ذلك حظ. قوله لان تنصيف الركعة
الواحدة غير ممكن معناه انه يصلي بكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف فيكون حق الطائفة
الاولى في نصف ركعة والركعة الواحدة لا تتجزى فتثبت في كلها حكم السبق وقال الشافعي ان شاء صلى مثل
مذهبنا وان شاء يصلي مثل مذهب الثوري. قوله ولا يقاتلون في حالة الصلاة فان فعلوا ذلك بطلت صلاتهم وقال
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

باب الجنائز

جمع جنازة والجنازة بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
اعتبار الحالة الوضع في القبر فانه يوضع فيه كذلك [illegible]

اذا قرب من الموت احدكم **قوله** ولقن الشهادة تلقينها ان يقال عنده وهو يسمع ولا يقال له قل لان الحال صعب عليه فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله وقوله والمراد الذي قرب من الموت دفع لوهم من يتوهم ان المراد به تلقين الملقن على القبر كما ذهب اليه بعض فيكون من باب قوله انك ميت ومن قتل قتيلا فله سلبه **قوله** تغمض عيناه لانه اذا ترك مفتوح العين يصير كريه المنظر ويقبح في اعين الناس والله تعالى اعلم

فصل

ذكر احوال الميت في فصول وقدم الغسل لانه اول ما يصنع به وهو واجب على الاحياء بالاجماع واختلفوا في سبب وجوب الغسل فقيل انما وجب لحدث يحله باسترخاء المفاصل لا لنجاسة تحل به فان الادمي لا يتنجس بالموت كرامة اذ لو تنجس لما طهر بالغسل كسائر الحيوانات وكان الواجب اقتصار الغسل على اعضاء الوضوء كما في حال الحيوة لكن ذلك انما كان نفيا للحرج فيما يتكرر في كل يوم والحدث بسبب الموت لا يتكرر فكان كالجنابة لا يكتفي فيها بغسل الاعضاء الاربعة بل يبقى على الاصل وهو وجوب غسل البدن لعدم الحرج لكن هذا وقال العراقيون وجب غسله لنجاسة الموت لا بسبب الحدث لان للادمي دما سائلا كالحيوانات الباقية فيتنجس بالموت قياسا على غيره منها الا ترى انه اذا مات في البئر نجسها ولو حمله المصلي لم تجز صلوته ولو لم يكن نجسا لجازت كما لو حمل محدثا ويجوز ان تزول النجاسة بالغسل كرامة **قوله** واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه اي عن الميت وقوله لينصب علة لوضع على السرير فانه لو وضع على الارض يتلطخ بالطين ولم يبين كيفية وضع التخت الى القبلة طولا او عرضا ولا كيفية وضع الميت على التخت اما الاول فمن اصحابنا من اختار الوضع طولا كما كان يفعل في مرضه اذا اراد الصلوة بالايماء ومنهم من اختاره عرضا كما يوضع في القبر قال شمس الائمة السرخسي والاصح انه يوضع كيف اتفق فانه يختلف باختلاف الاماكن والمواضع واما الثاني فليس فيه رواية الا ان العرف فيه ان يضجع مستلقيا على قفاه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر فان الادمي محترم حيا وميتا فتستر عورته كذلك ويكتفي بستر العورة الغليظة بان تستر السوءة ويترك فخذاه مكشوفين في ظاهر الرواية تيسيرا للامر لما يشق عليهم غسل ما تحت الازار **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها ويوضع على عورته خرقة من السرة الى الركبة وتنزع ثيابه ليمكنهم التنظيف وهذا لان المقصود من الغسل هو التطهير والتطهير لا يحصل اذا غسل مع ثيابه لان الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانيا بنجاسة الثوب فلا يفيد الغسل فيجب التجريد وفيه نفي لقول الشافعي رحمه الله ان السنة ان يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل الغاسل يده في الكمين ويغسل بدنه وان كان ضيقا خرق الكمين لان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي غسل في قميصه الذي توفي فيه وما كان سنة في حق النبي صلى الله عليه وسلم كان سنة في حق غيره ما لم يقم دليل التخصيص قلنا قد قام دليل التخصيص روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله فقالوا لا ندري كيف نغسله نجرده كما نجرد موتانا او نغسله وعليه ثيابه فارسل الله عليهم النوم فما منهم الا نام وذقنه على صدره اذ ناداهم مناد ان غسلوا رسول الله عليه الصلاة والسلام وعليه ثيابه فارسل الله عليهم النوم فقد اجمعت الصحابة رضي الله عنهم ان السنة في سائر الموتى التجريد وقد خص صلى الله عليه وسلم بخلاف ذلك بالنص لعظم حرمته ويوضوه من غير مضمضة واستنشاق اما الوضوء فلانه سنة الاغتسال واما تركهما فلان اخراج الماء منه متعذر فيكون سقيا لا مضمضة ولو كبوه على وجهه لربما خرج من جوفه ما هو شر منه وقال الشافعي رحمه الله يمضمض ويستنشق اعتبارا بحال الحيوة واجيب بانه اعتبار فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت يوضا وضوءه للصلوة ولا يمضمض ولا يستنشق ولم يذكر محمد في الكتاب انه يستنجي او لا وذكر في صلوة الاثر انه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يستنجي وعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يستنجي لان المسكة تزول بالموت والمفاصل تسترخي

فربما

فربما يزداد الاسترخاء بالاستنجاء فيخرج نجاسة من باطنه فلا يفيد الاستنجاء فائدته ولهما ان موضع استنجاء الميت قلما يخلو عن نجاسة حقيقية فيجب ازالتها كما لو كانت في موضع اخر من البدن ثم الاقتصار على المضمضة والاستنشاق في الاستثناء يدل على ان بقية الافعال من تقديم غسل اليدين الى الرسغ والمسح على ثابتة الراس كما يسن في الجنابة وهو الصحيح وفي صلوة الاثر لا يبدا بغسل اليدين بل يغسل الوجه ولا يمسح على الراس ثم يفيضون الماء عليه يعني ثلثا وان زاد على ذلك جاز كما في حال الحيوة **قوله** ويجمر سريره اي يبخر يعني يدار المجمر وهو الذي يوقد فيه العود حوالي السرير ثلاثا او خمسا او سبعا اما التجمير فلان فيه تعظيم الميت واما الايتار فلقوله صلى الله عليه وسلم ان الله وتر يحب الوتر **قوله** ويغلي الماء من الاغلاء لا من الغلي لان الغلي والغليان لازم قال الشافعي الغسل بالماء البارد افضل حذرا من زيادة الاسترخاء الموجب لخروج النجاسة المنجسة للكفن وقلنا غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار ابلغ في التنظيف فيكون افضل وزيادة الاسترخاء قد تعين على المقصود وهو التنظيف لانه يخرج جميع ما هو معد للخروج فلا يتنجس الكفن بعد الفراغ من الغسل فان لم يكن اي فان لم يوجد الماء المغلي بالسدر او بالحرض وهو الاشنان يغسل بالماء القراح اي الخالص واما اذا وجد ذلك فالترتيب ما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام والمحيط وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه يبدا اولا بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن من الدرن والنجاسة ثم بماء السدر والحرض ليزول ما على البدن من ذلك لانه ابلغ في التنظيف ثم بماء الكافور لانه وجد تطييبا لبدن الميت كذا فعلت الملائكة بادم عليه السلام حين غسلوه ويغسل راسه ولحيته بالخطمي لكونه انظف له لانه مثل الصابون في التنظيف **قوله** ثم يضجع على شقه الايسر ظاهر **قوله** لان السنة هي البداية بالميامن روي عن ام عطية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنساء في غسل ابنته ابدأن بميامنها ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا يعني بلا عنف حتى ان بقي عند المخرج شيء يسيل تحرزا عن تلويث الكفن والاصل فيه ما روي ان عليا رضي الله عنه لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح بطنه بيده رفيقا طلب منه ما يطلب من الميت فلم ير شيئا فقال طبت حيا وميتا فان خرج منه شيء غسله قيل يغسل ان يمسحه لان الغسل قبل المسح ربما يعاد لما عن ذلك الموضع ولا يعيد غسله روي بضم العين وفتحها ولا وضوءه لان الغسل قد عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر منها الغسل بعد الموت وقد حصل مرة وسقط الواجب فلا نعيده واما الوضوء فلان الخارج ان كان حدثا فالموت ايضا حدث وهو لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث والمذكور في الكتاب من مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول قال يقعده اولا ويمسح بطنه ثم يغسله لان المسح قبل الغسل اولى حتى يخرج ما في بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلثا بعد خروج النجاسة وجه الظاهر ان النجاسة قد تكون منعقدة لا تخرج الا بعد الغسل مرتين بماء حار فكان المسح بعد المرتين اقدر على اخراج ما به من النجاسة فيكون اولى واعلم ان التثليث في غسله سنة لحديث ام عطية اغسلنها ثلثا او خمسا وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي يغسل اولا وهو على جنبه الايمن ثم يغسل وهو على جنبه الايسر ليحصل الغسل ثلثا وقال بعض الشارحين ما ذكر الثالث وقال بعضهم الثالث هو قوله ثم يفيضون الماء عليه ورد بانه قال بعد ذلك ويغسل راسه ولحيته بالخطمي وغسل الراس بعد الوضوء قبل الغسل بالاجماع فكيف يكون ذلك ثالثا وانما ذكر الغسل اجمالا اولا وما بعده تفصيله وقال بعضهم يجوز ان يكون المذكور في الكتاب من الغسل مرتين اختيار المصنف

والتثليث في الصب سنة عند كل اضطجاع وهذه النسب قد انبه لابد منها في غسل الميت حتى لو خرج الغريق
يجب غسله الا اذا حرك عند الاخراج بنية الغسل لان الخطاب بالغسل توجه على بني ادم ولم يوجد منهم
شيء عند عدم التحريك وفيه نظر لان المامور يطلب به فعلا لاجل النية في غسل الحي فكذا لا يجب في غسل
الميت ولهذا قال في فتاوى قاضي خان ميت غسله اهله من غير نية الغسل اجزاهم ذلك. قوله شيء
يتسفه ظاهر والحنوط عطر مركب من اشيا طيبة والمراد بالمساجد الجبهة والانف واليدان والركبتان
والقدمان لانه كان يسجد بهذه الاعضاء فتختص بزيادة الكرامة. وقوله ولا يسرح شعر الميت تسريح
الشعر تخليص بعضه عن بعض وقيل تخليله بالمشط وقيل مشطه. قوله ولا يقص ظفره روي عن ابي
حنيفة وابي يوسف ان الظفر اذا كان منكسرا فلا بأس باخذه وقوله علام اصله على ما دخل حرف الجر على ما
الاستفهامية فاسقط الفها كما في قوله تعالى عم يتساءلون ويقال نصوت الرجل نصوا اي اخذت ناصيته
ومددتها وحكي ان عائشة رضي الله عنها سئلت عن تسريح شعر الميت فقالت علام تنصون ميتكم كانها
كرهت تسريح راس الميت فجعلته بمنزلة الاخذ بالناصية في كونه غير محتاج اليه قال في النهاية قوله وفي الحي
كان تنظيفا جواب اشكال اي لا اشكال علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لانه محتاج الى الزينة
ولا يتهيأ في حقه زوال الحرج بخلاف الميت فانه لا يتيسر فيها ازالة الحرج وكما في الختان حيث يفرق بين الحي
والميت فيه بان يختن الحي ولا يختن الميت بالاتفاق فكذا اي كل زينة يتضمن ابانة الجزء يعني انه يفرق بين الحي
بينهما ولم ار احدا له ربطا بكلام المصنف اصلا ولكني اقول قوله ولان هذه الاشيا للزينة اي لزينة الميت
وقد استغنى الميت عنها اي عن الزينة فاستغنى عن هذه الاشيا فان قيل لا نسلم ان هذه الاشيا لزينة
الميت لانها تفعل بالحي ايضا اجاب بقوله وفي الحي كان تنظيفا يعني ما كانت تفعل بالحي من حيث انها زينة
بل هي من حيث انها تنظيف لاجتماع الوسخ تحتها وذكر الضمير في تحته بتاويل المذكور ينفي ان يقال هب
انه كان في الحي تنظيفا لكن الميت ايضا محتاج الى التنظيف ولهذا اي لدلالة على ما بالسدر والحرض مبالغة
في التنظيف ويغسل راسه ولحيته ليكون انظف فليعمل به من حيث التنظيف ويمكن ان يقال انه تنظيف
بابانة جزء وذلك في الميت غير مشروع كما في الختان هذا ما سنح لي في حل هذا المقام والله تعالى اعلم

فصل

في التكفين رتب هذه الفصول على حسب ترتيب افعالها من الافعال المتعلقة بالميت. التكفين
لفه بالكفن وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين والارث والوصية ولذلك قالوا ومن لم يكن له
مال فكفنه على من تجب عليه نفقته كما تلزمه كسوته في حال حيوته وقوله السنة ان يكفن يعني تكفينه
في ثلثة اثواب سنة وذلك لا ينافي ان يكون اصل التكفين واجبا ثم التكفين اما ان يكون في حالة الضرورة
او لا فان كان الاول كفن بما وجد لما روي ان مصعب بن عمير صاحب راية رسول الله صلى الله عليه وسلم
لما استشهد يوم احد ترك نمرة وهي كساء فيه خطوط بيض وسود فاخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بذلك فامر ان يكفن فيها وان كان الثاني فهو على نوعين كفن سنة وهو في حق الرجل ثلثة اثواب ازار
وقميص ولفافة لما ذكر في الكتاب والسحولية نسبة الى سحول بفتح السين وعن الازهري بالضم وهي قرية
باليمن وفي حق المراة خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها وكفن كفاية
وهو في حق الرجل ثوبان ازار ولفافة وفي حق المراة ثلثة قميص وازار وخمار وما في الكتاب واضح والله اعلم

فصل

في الصلوة على الميت الصلوة على الميت فرض كفاية اما فرضيتها فلان الله تعالى
امر بقوله وصل عليهم والامر للوجوب وعلى ذلك اجمعت الامة واما انها على الكفاية فلان في الايجاب
على الجميع استحالة او حرجا فاكتفي بالبعض كما في الجهاد وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الامام
الاعظم وهو الخليفة اولى ان حضر وان لم يحضر فامام المصر اولى فان لم يحضر فالقاضي اولى فان لم يحضر

القاضي

فالقاضي اولى فان لم تحضر فصاحب الشرط اولى فان لم تحضر فامام الحي فان لم تحضر فالاقرب من
ذوي قرابته وبهذه الرواية اخذ كثير من مشايخنا. وقوله في الكتاب السلطان يجوز ان يراد به
الامام الاعظم ان حضر واما امام المصر وقوله ثم الولي انما هو على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما
عند ابي يوسف فالولي اولى بالصلوة على الميت على كل حال قال الله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى
ببعض في كتاب الله ولهما ان الحسن بن علي رضي الله عنهما لما مات خرج الحسين رضي الله عنه والناس
لصلوة الجنازة فقدم الحسين سعيد بن العاص وكان سعيد يومئذ واليا بالمدينة فابى ان يتقدم
فقال له الحسين تقدم ولولا السنة ما قدمتك والاية محمولة على المواريث وعلى ولاية المناكحة
وقوله والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح يقتضي ان يقدم الابن على الاب وقد ذكر محمد في كتاب
الصلوة ان الاب اولى فمن المشايخ من قال هو قول محمد فاما على قول ابي حنيفة فالابن اولى وعلى
قول ابي يوسف الولاية لهما الا انه يقدم الاب احتراما له ومنهم من قال لا بل ما ذكره في صلوة
الجنازة ان الاب اولى قول الكل لان للاب زيادة فضيلة وسن ليست للابن وللفضيلة اثر
في استحقاق الامامة فيرجح الاب بذلك بخلاف النكاح وعلى قول هؤلاء. قوله والاولياء على الترتيب
المذكور في النكاح محمول على غير الاب والابن فبنو الاعيان يحجبون بني العلات والاكبر سنا يحجب
الاصغر من كل واحد منهما لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بتقديم الاسن فان اراد الاكبر ان يقدم
انسانا فليس له ذلك الا برضى الاخر لان الحق لهما لاستوائهما في القرابة وان اراد بنو الاعيان
تقديم انسان فليس لاحد من بني العلات منعه لانه لا حق له مع وجودهم وابن عم المراة احق
من زوجها ان لم يكن له منها ابن لانقطاع النكاح بموتها والتحاقه بالاجانب فان كان ذلك فهو احق بالصلوة
عليها لان الحق يثبت للابن في هذه الحالة ثم الابن يقدم اباه احتراما له فيثبت للزوج حق الصلوة عليها
من هذا الوجه قال القدوري وساير القرابات اولى من الزوج وقال الشافعي رحمه الله الزوج اولى لان ابن عباس
صلى على امراته وقال انا احق بها ولنا ما روي عن ابن عمر انه لما ماتت امراته قال للاولياء كنا احق بها
حين كانت حية فاذا ماتت فانتم احق بها وحديث ابن عباس محمول على انه كان امام الحي فان صلى غير الولي والسلطان
اعاد الولي وانما قيد بذكر السلطان لانه لو صلى السلطان فلا اعادة لاحد لانه هو المقدم على الولي ثم هو ليس بمختص
على السلطان بل كل من كان مقدما على الولي في ترتيب الامامة في صلوة الجنازة على ما ذكرنا فصلى هو لا يعيد الولي
ثانيا قال الامام التمرتاشي في فتاواه رجل صلى على جنازة والولي خلفه ولم يرض به ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه
صلى مرة وان لم يتابعه فان كان المصلي سلطانا او الامام الاعظم في البلدة او القاضي او الوالي على البلدة او امام
حي ليس له ان يعيد لانهم هم الاولون منه وان كان غيرهم فله الاعادة وكذا ذكر في التجنيس والفتاوى
الظهيرية قال في النهاية ذكر في الكتاب اعادة الولي اذا لم يصل لها ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم يصلها
ويجب ان يكون حكمه في ولاية الاعادة كحكم الولي لما انه مقدم في حق صلوة الجنازة على الولي فلما ثبت حق الاعادة
للادون فلان يثبت للاعلى منه اولى وقال وقد وجدت رواية في نوادر الصلوة تشهد لما ذكرت قال في قوله
وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده تخصيص الولي ليس بمفيد لما انه لو صلى السلطان او غيره ممن هو اولى من
الولي في الصلوة على الميت ممن ذكرنا فليس لاحد ان يصلي بعده ايضا على ما ذكرنا من رواية الولوالجي والتجنيس وهذا
الذي ذكره بقوله لم يجز لاحد ان يصلي بعده مذهبنا وقال الشافعي تعاد الصلوة على الجنازة مرة بعد اخرى
لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بقبر جديد فسال عنه فقيل قبر فلانة فقال هلا اذنتموني بالصلاة
فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها ولنا قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى
عليه الصحابة فوجا بعد فوج ولنا ما ذكر في الكتاب. وقوله وهو اليوم كما وضع لان لحوم الانبياء عليهم السلام حرام

على الارض به وردا لاثر وانما صلى النبي صلى الله عليه وسلم لانه الحق كان له قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين
من انفسهم وليس لغيره ولاية الاسقاط وهكذا انا وبل فعل الصحابة فان ابا بكر رضي الله عنه كان مشغولا
بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه
ثم لم يصل احد بعده عليه كذا في المبسوط. وقوله صلى على قبره يعني اذا وضع اللبن على اللحد واهيل التراب عليه
اما اذا لم يوضع اللبن على اللحد او وضع ولكن لم يهل التراب عليه يخرج ويصلى عليه لان التسليم لم يتم بعد كذا
في المحيط. وقوله والمعتبر في ذلك اي في عدم التفسخ وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف في الامالي
انه يصلى على الميت في القبر الى ثلاثة ايام وبعده لا يصلى عليه وهكذا ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد عن
ابي حنيفة والصحيح ان ذلك ليس بتقدير لازم لان تفرق الاجزاء يختلف باختلاف حال الميت من السمن والهزال و
الزمان من الحر والبرد وباختلاف المكان من الصلابة والرخاوة والذي روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على
شهداء احد بعد ثماني سنين معناه دعا لهم وقيل انهم كانوا لم تتفرق اعضاؤهم واذا كان اكبر الراي هو
المعتبر فانه كان في اكبر رايهم ان اجزاء الميت قد تفرقت قبل ثلثة ايام لا يصلون عليه الى ثلثة ايام وان كان فيه
انها لم تتفرق بعد ثلثة ايام يصلى عليه بعد ثلاثة ايام. قال والصلوة ان يكبر تكبيرة الصلوة على الميت
ان يكبر مع تكبيرات تحمد الله عقيب التكبيرة الاولى ولم يعين نوعا من الثناء بخلاف سائر الصلوات فانه يقول
فيها سبحانك اللهم الى اخره كما مر وقد اختلفوا في هذا بعد التحريمة فقال بعضهم يحمد الله تعالى كما ذكر في ظاهر
الرواية وقال بعضهم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره كما في الصلوة المعهودة واري انه مختار المصنف
اشار اليه بقوله والبداية بالثناء فان المعهود من الثناء ذلك ولا يرفع يديه في التكبيرات الا عند
الافتتاح ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم لان الثناء على الله يعقبه الصلوة
على النبي صلى الله عليه وسلم كما في التشهد وعلى ذلك وضعت الخطب ثم يكبر تكبيرة ثالثة يدعوا فيها
لنفسه وللميت وللمسلمين يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا الى اخره كان يحسن ذلك والا فباي دعاء شاء
لان الثناء على الله والصلوة على النبي يعقبه الدعاء بالاستغفار وقال صلى الله عليه وسلم اذا اراد
احدكم ان يدعو فليحمد الله وليصل على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يدعوا ثم يكبر الرابعة ويسلم لان النبي
صلى الله عليه وسلم كبر اربعا في اخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها وكان ما بعد التكبيرة الرابعة
اوان التحلل وذلك بالسلام وليس بعدها دعا سوى السلام في ظاهر الرواية واختار بعض المشايخ
ان يقال ربنا اتنا في الدنيا حسنة وفي الاخرة حسنة وقنا عذاب النار برحمتك عذاب القبر وعذاب
النار وبعضهم ان يقول ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا الاية ولو كبر الامام خمسا
لم يتابعه المقتدي في الخامسة لكونها منسوخة بما روينا انه عليه الصلاة والسلام كبر اربعا في اخر
صلوة صلاها وقال زفر يتابعه لانه مجتهد فيه لما روي ان عليا رضي الله عنه كبر خمسا فيتابعه
المقتدي كما في تكبيرات العيد قلنا ثبت ان الصحابة نسخوا ورجعوا الى اخر صلاة صلاها فصار
ذلك منسوخا باجماعهم ومتابعة المنسوخ خطا واذا لم يتابعه ماذا يصنع في رواية عن ابي حنيفة
يسلم للحال تحقيقا للمخالفة وفي اخرى ينتظر تسليم الامام ليصير متابعا فيما وجب المتابعة فيه قال
المصنف وهو المختار وقوله والابتداء بالدعوات يعني بعد التكبيرة الثالثة اشارة الى ان المقصود
هو الدعاء والبداءة بالثناء والصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم سنة الدعاء تحصيلا للاستجابة
فانه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا فعل هكذا بعد الفراغ من الصلوة فقال عليه
الصلوة والسلام ادع فقد استجيب لك وعلى هذا لا يستغفر للصبي لانه لا ذنب له ولكن يقول اللهم
اجعله فرطا اي اجرا متقدما واصل الفرط فيمن يتقدم الواردة ومنه الحديث انا فرطكم على الحوض اي

متقدمكم

متقدمكم واجعله لنا ذخرا اي خيرا باقيا واجعله لنا شافعا مشفعا اي مقبول الشفاعة
قوله ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين ظاهر وحاصله ان الحاضر بعد التكبيرة الاولى
عند ابي يوسف كالمسبوق والمسبوق ياتي بتكبيرة الافتتاح اذا انتهى الى الامام فكذا هذا وعندهما
وان كان كالمسبوق لكن كل تكبيرة بمنزلة ركعة من الصلوة وهذه اقبل الاربع كاربع الظهر والمسبوق لا ياتي
بما فاته قبل فراغ الامام فينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه وتكون هذه التكبيرة تكبيرة الافتتاح في حق
هذا الرجل مسبوقا بما فاته من تكبيرة او تكبيرتين ياتي به بعد ما سلم الامام وهو مروي عن ابن عباس
رضي الله عنهما. وقوله اذ هو اي الابتداء بما فاته قبل اداء ما ادرك مع الامام منسوخ. وقوله ولو كان
حاضرا اي الذي فاته التكبيرة لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك لتلك التكبيرة ضرورة
العجز عن المقارنة ويشترط قضاء التكبير الفائت ان لا ترفع الجنازة لان الصلوة لا تجوز بعد رفعها
وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا سلم الامام فانه عند ابي حنيفة ومحمد يكبر المسبوق قبل
ان ترفع الجنازة لانه صار مسبوقا بها وعند ابي يوسف يسلم مع الامام لانه لم يصر مسبوقا
بشيء لانه كبر عند الدخول ولو كان مسبوقا باربع تكبيرات وجاء قبل ان يسلم فانه لا يكون مدركا
للصلوة عندهما لانه لو كبر صار مشتغلا بقضاء ما سبق به قبل فراغ الامام واذا سلم الامام
فاتته الجنازة وعلى قول ابي يوسف يكبر ويشرع في صلوة الامام ثم ياتي بالتكبيرات بعد ما سلم قبل
ان ترفع الجنازة. قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمراة بحذاء الصدر وكلامه واضح والوسط
قال صاحب النهاية بسكون السين لانه اسم مبهم لداخل الشيء واذا كان بتحريكها ظرفا يقال جلست
وسط الدار بالسكون وهو المراد بخلاف المتحرك لانه اسم لعين ما بين طرفي الشيء وليس بمراد والنعش شبه
المحفة مشبك مطبق على المراة اذا وضعت على الجنازة والركبان جمع راكب. وقوله لانه دعا يعني في
الحقيقة ولهذا لم يكن لها قراءة ولا ركوع ولا سجود فيسقط القيام كسائر الاركان في الاستحسان لا
بحرتهم يعني تجب عليهم الاعادة لما ذكر في الكتاب. وقوله ولا باس بالاذن اي باذن الولي لغيره بالامامة
اذا احسن ظنه لتحصيل ابن لتقدمه من لم يدبه حضور وثواب وشفاعته ارجى له لان الصلوة على الميت حقه
باذن لغيره وقيل معناه ولا باس بالاذن اي اذن الولي الناس بالانصراف بعد الصلوة اذ لا يسعهم الانصراف
عنها قبل الدفن الا باذن الولي. وقوله وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير بالاذان اي الاعلام لا الاقارب
والجيران قال صلى الله عليه وسلم اذا مات احدكم فاذنوني بالصلوة اي اعلموني وقد استحسن بعض
المتاخرين النداء في الاسواق للجنازة التي يرغب الناس في الصلوة عليها كالزهاد والعلماء. وقوله ولا يصلى
على ميت في مسجد جماعة اذا كانت الجنازة في المسجد فالصلوة عليها مكروهة باتفاق اصحابنا واذا كانت
الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق واذا كانت الجنازة والامام
وحدها خارج المسجد ففيه اختلاف المشايخ وقال الشافعي رحمه الله لا يكره على كل حال لما روي انه
لما مات سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه امرت عائشة رضي الله عنها بان يدخل جنازته المسجد حتى صلى
عليها ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ثم قالت لبعض من حولها هل عاب الناس علينا ما فعلنا فقال لها نعم فقالت
ما اسرع ما نسوا ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل بن البيضاء الا في المسجد ولنا ما روى
ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له وحديث
عائشة رضي الله عنها مشترك الالزام لان في زمانها الصحابة والانصار قد عابوا عليها فذلك دليل
على ان كراهة ذلك كانت معروفة فيما بينهم وتاويله صلوته صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل في المسجد
انه كان معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فامر بالجنازة فوضعت خارج المسجد ثم صلى عليها

يصلي الناس عليها في المسجد لما ذكره وقوله ولانه بني لاداء المكتوبات دليل لانه معقول لانه على ذلك وقع
اختلاف المشايخ فيما اذا كانت الجنازة خارج المسجد نظرا اليهما فمن نظر الى الاول قال بالكراهة وان كانت
خارجة ولا يلزمه التنفل في المسجد لانه تبع للمكتوبة ومن نظر الى الثاني حكم بعدمها لان العلة وهي
التلويث لم توجد فان قيل حديث ابي هريرة مطلق والتعليل بالتلويث في مقابلة النص وهو باطل
فالجواب ان قوله عليه الصلاة والسلام في المسجد يحتمل ان يكون ظرفا للصلاة فكان دليلا للاولين ويحتمل
ان يكون ظرفا للجنازة فلا يكون منافيا للتعليل الاخير. **وقوله** ومن استهل على بناء الفاعل واستهلال
الصبي ان يرتفع صوته بالبكاء عند ولادته وذكر في الايضاح هو ان يكون منه ما يدل على حياته من بكاء
او تحريك عضو او طرف عين وكلامه واضح. **وقوله** لانه نفس من وجه دليل غير ظاهر الرواية وتقريره
انه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه فيعطى حظا من الشبهين فلاعتباره بالنفوس يغسل ولاعتباره
بالاجزاء لا يصلى عليه وهذا هو المختار. **وقوله** واذا سبي صبي فلا يخلو اما ان يكون مع احد ابويه او لا فان
كان الاول فمات لم يصل عليه لانه كان تبعا للابوين لقوله صلى الله عليه وسلم الولد يتبع خير الابوين دينا
فان فيه دلالة ظاهرة على متابعة الولد للابوين. الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل الصفة المذكورة في حديث
جبريل عليه السلام ان يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله وقيل معناه
يعقل المنافع والمضار وان الاسلام هدى واتباعه خير لانه صح اسلامه استحسانا وان لم يصح قياسا كما هو مذهب
الشافعي على ما عرف في الاصول. **وقوله** او يسلم عطف على قوله الا ان يقر يعني به اذا اقر بالاسلام
وهو يعقل او يسلم احد ابويه صح اسلامه لما روينا وان كان الثاني يصلى عليه لانه ظهرت تبعية الدار
حكم باسلامه كما في اللقيط على ما سيجيء فان قيل اذا كانت الدار مما يتبع فليتبع وان سبي معه احد ابويه ترجيحا
للاسلام كالابوين اذا كان احدهما مسلما اجيب بان تاثير الدار في الاستتباع دون تاثير الولادة لان
النبي صلى الله عليه وسلم حكم باستتباع الابوين دون الدار مع قيام الدار ولو لم يكن كذلك لما حكم
بكفر صبي في دار الاسلام اصلا وكان ما ترك ابواه لبيت المال لاختلاف الدين ولم يذكر المصنف رحمه الله
تبعية اليد بعد تبعية الدار فانه لو وقع من الغنيمة صبي في سهم رجل في دار الحرب فمات يصلى عليه
ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد وصاحب المحيط قدم تبعية اليد على تبعية [الدار]. **وقوله** وان مات الكافر وله
ولي مسلم اي قريب لان حقيقة الولاية منفية قال الله تعالى لا تتخذوا اليهود والنصارى اولياء واطلق
ليتناول كل قريب له من ذوي الفروض والعصبات وذوي الارحام وهذا الاطلاق لفظ الجامع الصغير وذكر
في الاصل كافر مات وله ابن مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه اذا لم يكن هناك من اقربائه الكفار من يتولى امره
فان كان ثمة احد منهم فالاولى ان يخلي المسلم بينه وبينهم يصنعون به ما يصنعون بموتاهم بذلك امر علي
رضي الله عنه روي انه لما مات ابو طالب جاء علي رضي الله عنه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله
ان عمك الضال [illegible] وفي رواية ان الشيخ الضال قد مات فقال عليه الصلاة والسلام اغسله وكفنه وواره
ولا تحدثن به حدثا حتى تلقاني اي لا تصل عليه. **وقوله** لكن يغسل غسل الثوب النجس يعني لا يغسل كالمسلم
كما يغسل المسلم من البداءة بالوضوء وبالمياسر ولكن يصب عليه الماء كما يصب في غسل النجاسة ولا يكون الغسل
طهارة له حتى لو حمله انسان وصلى لم تجز صلاته بخلاف المسلم فانه لو حمله المصلي بعد ما غسل جازت صلاته
ويلف في خرقة يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور.

فصل في حمل الجنازة

اذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وهي ما روي عن ابن مسعود رضي الله
عنه من السنة ان تحمل الجنازة من جوانبها الاربع وفيه تكثير الجماعة حتى لو لم يتبعه احد كان هو لا جماعة
وفيه زيادة الاكرام حيث لم تحمل كما تحمل الاحمال وفيه الصيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي رحمه الله

السنة

السنة ان يحملها رجلان كما ذكر في الكتاب واستدل على ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم حمل
جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه بين العمودين قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة فكان الطريق
ضيقا حتى روي انه صلى الله عليه وسلم كان يمشي على رؤوس اصابعه وصلى [illegible] فكان ذلك للضرورة
ونحن نقول به. وقوله ويمشون به مسرعين دون الخبب الخبب ضرب من العدو دون العنق
والعنق خطو فسيح واسع لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن المشي بالجنازة فقال ما دون
الخبب فان يكن خيرا عجلتموه اليه وان يكن شرا وضعتموه عن رقابكم او قال فبعدا لاهل النار
والخبب مكروه لانه فيه ازدراء بالميت واضرارا بالمتبعين. والمشي خلف الجنازة افضل وقال الشافعي
قدامها افضل لان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يمشيان امام الجنازة ولنا ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم مشى خلف جنازة سعد بن معاذ وعلي كان يمشي خلف الجنازة وقال ابن مسعود رضي الله عنه
فضل المشي خلف الجنازة على المشي امامها كفضل المكتوبة على النافلة وفعل ابي بكر وعمر رضي الله عنهما محمول
على التيسير على الناس لان الناس كانوا يحترزون عن المشي امامهما ولو اختاروا المشي خلفها لضاق الطريق
على من يتبعها وهكذا اجاب علي رضي الله عنه حين قيل ان ابا بكر وعمر كانا يمشيان امام الجنازة فقال يرحمهما
الله قد عرفا ان المشي خلفها افضل ولكنهما ارادا تيسير الامر على الناس. **وقوله** واذا بلغوا الى قبره ظاهر
فاذا وضعت على اعناق الرجال جلسوا وكره القيام. **وقوله** وكيفية الحمل ان تضع الجنازة هذا لفظ الجامع
الصغير بلفظ الخطاب خاطب ابو حنيفة ابا يوسف رحمه الله قال يعقوب رايت ابا حنيفة يصنع هكذا
قال الامام المحبوبي وهذا دليل تواضعه قال صاحب النهاية وقد حمل الجنازة من هو افضل منه بل افضل
جميع الخلائق وهو نبينا صلى الله عليه وسلم فانه حمل جنازة سعد بن معاذ كما ذكرنا ولان حمل الجنازة عبادة فينبغي
ان يبادر اليه كل احد وذكر شيخ الاسلام رحمه الله انما اراد باليمين المقدم يمين الميت ثم قال فاذا حملت جانب
السرير الايسر فكذلك يمين الميت لان يمين الميت على يسار الجنازة لان الميت وضع عليها على قفاه فكان يمين الميت
يسارها ويساره يمينها [illegible] وعلى الحامل
[illegible] النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible]
[illegible] الايسر المقدم [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

فصل [illegible]

في القبر [illegible]
في حق آدم عليه السلام [illegible] ان رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible] آدم عليه السلام
غسلته الملائكة وكفنوه ودفنوه [illegible] سنة موتاكم [illegible]
في اللحد وهو الشق [illegible] في جانب القبر [illegible]
[illegible] اهل المدينة [illegible] صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا [illegible]
اهل المدينة الشق لضعف [illegible] وصفة اللحد [illegible]
في جانب القبلة منه حفيرة توضع فيها الميت [illegible] وصفة الشق [illegible]
[illegible] حفيرة في وسط القبر يوضع فيها الميت وقوله ويدخل الميت مما يلي القبلة يعني

توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي السنة أن يسل إلى قبره
وصفة ذلك أن توضع الجنازة في مؤخر القبر حتى يكون رأس الميت بإزاء موضع قدميه من القبر ثم
يدخل الرجل الآخذ في القبر فيأخذ برأس الميت ويدخله في القبر أولا ويسل كذلك وقيل صورته أن
توضع الجنازة في مقدم القبر حتى يكون رجلا الميت بإزاء موضع رأسه من القبر ثم يدخل الآخذ في القبر
فيأخذ برجل الميت ويدخلهما القبر أولا ويسل كذلك واحتج بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم سل إلى
قبره ولنا أن جانب القبلة معظم فيستحب الإدخال منه لا يقال هذا التعليل في مقابلة النص وهو باطل
لأن الرواية في إدخال النبي صلى الله عليه وسلم في قبره مضطربة روى إبراهيم النخعي رحمه الله أن النبي صلى الله عليه وسلم
أدخل قبره من قبل القبلة ورووا خلافه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبه وروي عنه أيضا مثل
مذهبنا والمضطرب لا يصلح حجة فإذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله أي بسم الله
وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك كذا في المبسوط قال المصنف رحمه الله كذا قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم حين وضع أبا دجانة في القبر قال صاحب النهاية والصحيح أنه وضع ذا البجادين لأن أبا دجانة
مات بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في خلافة أبي بكر هكذا ذكر في التواريخ وقوله ويوجه إلى القبلة بذلك
أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لما مات رجل من بني عبد المطلب فقال عليه الصلاة
والسلام يا علي استقبل به القبلة استقبالا وقوله وتحل العقدة يعني التي عقدت في الكفن مخافة الانتشار لوقوع
الأمن منه ويسوى اللبن عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل على قبره اللبن وقوله ويسجى قبر المرأة التسجية
التغطية يسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد لما ذكر في الكتاب وقد صح أن قبر فاطمة رضي الله عنها سجي
بثوب ولا يسجى قبر الرجل وقال الرافعي يسجى لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سجى قبر سعد بن معاذ
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه مر بقبر وقد سجي قبره فنزعه وقال إنه رجل يعني أن مبنى حال الرجال على
الانكشاف كما قال في الكتاب وتأويل قبر سعد بن معاذ أن كفنه ما كان يعم بدنه فسجي قبره حتى لا يقع الاطلاع
لأحد على شيء من أعضائه وقوله ويكره الآجر والخشب هذا ظاهر الرواية وقوله لأنهما أي الآجر والخشب
لإحكام البناء والقبر موضع البلى ومنهم من فرق بينهما فكره الآجر من حيث علم النار ولم يجعل مسه
النار دون الخشب لعدم ذلك فيه وكأن المصنف رحمه الله أشار إلى ذلك بقوله ثم بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلا
ورد بأن مساس النار لا يصلح علة للكراهة فإن السنة أن يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار قاله
شمس الأئمة السرخسي والأول أوجه يعني التعليل بإحكام البناء لأنه جمع في كتاب الصلاة بين استعمال
الآجر ورفوف الخشب وهي الألواح ولا يوجد فيها معنى النار فيها قوله وفي الجامع الصغير يستحب اللبن
والقصب إنما صرح بلفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته لرواية القدوري لأن رواية القدوري
لا تدل على الاستحباب بل على نفي الكراهة لا غير ورواية الجامع الصغير تدل عليه ولأن رواية القدوري
لا تدل على جواز الجمع بينهما ورواية الجامع تدل لأنه صلى الله عليه وسلم جعل على قبره طن أي حزمة من
القصب وقوله ثم يهال التراب عليه يقال هلت التراب في الجراب صببته من غير كيل وكل شيء أرسلته إرسالا
من رمل أو تراب أو طعام أو نحوه قلت هلته أهيله هيلا فانهال أي جرى فانصب ومنه يهال التراب أي يصب
وقوله ويسنم القبر المراد من تسنيم القبر رفعه من الأرض مقدار شبر أو أكثر قليلا وقوله ولا يسطح أي لا يربع
وقال الشافعي يربع ولا يسنم لما روي أن إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي جعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم قبره مسطحا ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور وعن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه قال
أخبرني من رأى قبر النبي صلى الله عليه وسلم وقبر أبي بكر وعمر رضي الله عنهما مسنمة عليها فلق من مدر أبيض
الرأي ولم يجنبه لأنه كان في الرأس ذكره وتأويل تسنيم قبر إبراهيم عليه السلام أنه صلى الله عليه وسلم لطخ قبره

أولا

أولا ثم يسنم كذا في المبسوط والمحيط

باب الشهيد

المقتول ميت بأجله عند أهل السنة وإنما بوب للشهيد على حدة لاختصاصه بالفضيلة فكان إخراجه
من باب صلاة الميت بباب على حدة كإخراج جبريل من الملائكة وسمي الشهيد شهيدا لأن الملائكة
يشهدون موته إكراما له فكان مشهودا فهو فعيل بمعنى مفعول وقيل لأنه مشهود له بالجنة
وقيل لأنه حي عند الله حاضر وهو في اصطلاح الفقهاء من قتله المشركون أو وجد في المعركة
وبه أثر أو قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فقوله من قتله المشركون يعني بأية آلة كان وفي
معناهم من أهل البغي وقطاع الطريق بخروج عن طاعة الإمام وقوله وبه أثر أي جراحة ظاهرة
أو باطنة كخروج الدم من العين ونحوها وقوله أو قتله المسلمون ظلما احترازا عما قتله المسلمون
رجما أو قصاصا وقوله ولم يجب بقتله دية احتراز عن شبه العمد والخطأ وحكمه أنه يكفن بالاتفاق
ولا يغسل إذا كان في معنى شهداء أحد بالاتفاق ويصلى عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله أما التكفين
فهو سنة في موتى بني آدم فإن كان عليه ثوب لم ينزع عنه لقوله صلى الله عليه وسلم زملوهم بكلومهم
ودمائهم وفي رواية بثيابهم وينزع الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لأنها ليست
من جنس الكفن ويزيدون وينقصون إتماما للكفن على ما ذكر وأما عدم الغسل فلأنه في معنى
شهداء أحد وقال عليه الصلاة والسلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من
قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والقيد بالحديدة
إنما هو إذا كان القتل من المسلمين وأما من أهل الحرب والبغي وقطاع الطريق فليس بشرط كما نقلهم
لأن شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح وشرطه عند أبي حنيفة أن يكون طاهرا لأنه
إذا كان جنبا يغسل على ما يذكر في الكتاب وشرطه أن لا يكون مرتثا على ما يذكره وأما الصلاة عليه
أولى فقد خالفنا الشافعي وقال السيف محاء للذنوب فأغنى عن الشفاعة وقلنا الصلاة على الميت لإظهار
كرامته والسيف أولى بالكرامة وقوله والطاهر عن الذنوب جواب عن قوله السيف محاء الذنوب
وهو طاهر وقوله ومن قتله أهل الحرب طاهر مما ذكرنا واعترض بأن من قتله أهل الحرب فهو في معنى
شهداء أحد فيشترط الحديدة أو الآلة التي لا تلبث في ثبوت الشهادة وأجيب بأن كلا من الفريقين
لما أمر بقتالهم ألحق بقتال أهل الحرب قال تعالى في أهل البغي فقاتلوا التي تبغي الآية وقال صلى الله عليه
وسلم في قطاع الطريق قاتل دون مالك وقال من قتل دون ماله فهو شهيد وإذا كان قتالهما مأمورا به صار
كقتال أهل الحرب وفي قتال أهل الحرب الحكم يعني تعميم الآلة فكذا في قتالهما وقوله لأن ما وجب بالجنابة
سقط بالموت لأنه خرج عن كونه مكلفا بالغسل عن الجنابة والثاني أي الغسل بسبب الموت لم يجب
لأن الشهادة تمنعه فإن قوله عليه الصلاة والسلام زملوهم بكلومهم ودمائهم لا يفصل بين الشهيد
الجنب وغيره ولأبي حنيفة أن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة ألا ترى أنه لو
كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم قيل لو لم تكن رافعة لوجب الحدث إذا
استشهد واللازم باطل فكذلك الملزوم وأجيب بأنه لا يلزم من أن لا يكون رافعا للأعلى أن لا يكون
رافعا للأدنى وبأنه ثبت بالنص فقد صح أن حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة
فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهله عن حاله فقالت زوجته إنه أصاب مني فسمع الهيعة فأعجله
عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب فقال عليه الصلاة والسلام هو ذاك الهيعة الصوت الذي
تفزع منه فإن قيل الواجب غسل بني آدم دون الملائكة ولو كان ذلك واجبا لأمر عليه الصلاة
والسلام بإعادة غسله أجيب بأن الواجب هو الغسل وأما الغاسل فيجوز كائنا من كان ألا ترى أن الملائكة

لما غسلوا ادم تادى به الواجب ولم يعدا ولاده غسله وقوله وعلى هذا الخلاف الحايض والنفسا اذا طهرتا
يعني عندهما لا يغسلان لان الغسل الاول سقط بالموت والثاني لم يجب بالشهادة وعنده يغسلان لان
الشهادة عرفت مانعة غير رافعة وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية فانه عن ابي حنيفة فيه
روايتان في رواية لا يغسلان لان الاغتسال ما كان واجبا عليهما قبل الانقطاع وفي رواية وهو الصحيح
يغسلان لان الانقطاع حصل بالموت والدم السابق يوجب الاغتسال عند الانقطاع وقوله وعلى هذا
الخلاف الصبي على ما ذكرنا وقوله لهذه الكرامة اي سقوط الغسل فان سقوط الغسل عن الشهيد لابقاء
اثر مظلوميته في القتل فكان اكراما له والمظلومية في حق الصبي اشد فكان اولى بهذه الكرامة ولابي حنيفة
ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة عن الذنب ولا ذنب للصبي فلا يكون في
معناهم ومن لم يكن في معناهم غسل قوله ولا يغسل عن الشهيد دمه ظاهر وقوله وينزع عنه الفرو
الى اخره مذهبنا وقال الشافعي لا ينزع عنه شيء واستدل باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام زملوهم
من غير فصل ولنا ما روي في السنن عن ابن عباس قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد
والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم واذا تعارضا صرنا الى القياس وهو معنا على ما ذكرنا في الكتاب
وقوله ويزيدون وينقصون ما شاؤا اي يزيدون ما شاؤا اذا كان ناقصا عن العدد المسنون وينقصون
ما شاؤا يعني اذا كان زائدا على العدد المسنون وقوله ومن ارتث هو من قولك ثوب رث اي خلق وكلامه
ظاهر وقوله ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كذلك وانما قيد بامور الاخرة لانه اذا اوصى بشيء من امور الدنيا
يغسل بالاتفاق وقوله الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما اي حينئذ لا يغسل قيل هذا اذا علم قاتله عينا واما
اذا علم انه قتل بحديدة ظلما ولكن لم يعلم قاتله يغسل لان الواجب هناك الدية والقسامة على اهل المحلة
ولفظ الكتاب يشير الى هذا لانه قال لان الواجب فيه القصاص ولا قصاص يجب الا على القاتل المعلوم وهو
اي القصاص عقوبة والقاتل لا يتخلص عن العقوبة ظاهرا لانه ان كان الواجب اما في الدنيا ان وقع الاستيفا
او في العقبى ان لم يستوف فلو كان وجوب القصاص مانعا عن الشهادة لا يتسلك بها وهو باطل فان قيل
من وجب بقتله ليس في معنى شهداء احد اذ لم يجب بقتلهم شيء ومن ليس في معناهم يغسل اجيب بان
فائدة القصاص ترجع الى ولي القتيل وساير الناس دون القتيل فلم يحصل له بالقتل شيء كما لم يحصل
لشهداء احد بخلاف الدية فان نفعها يعود الى الميت حتى تقضى ديونه وتنفذ وصاياه وقوله وعند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف يعني لا يشترط في قتيل وجد في المصر ان يقتل بالحديد
عندهما بل المثقل من الحجر والخشب مثل السيف عندهما حتى لا يغسل القتيل ظلما في المصر اذا عرف
قاتله وعلم انه قتل بالمثقل لوجوب القصاص عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يجب بالقتل العمد القصاص
في القتل بالمثقل ويعرف في الجنايات وقوله ومن قتل في حد او قصاص غسل لما روي ان ماعزا رضي الله
عنه لما رجم جاء عمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما يقتل الكلاب فماذا تامرني ان اصنع به
فقال عليه الصلاة والسلام لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت توبته على اهل الارض لوسعتهم اذهب
واغسله وكفنه وصل عليه ولانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق ومن كان كذلك لم يكن في معنى شهداء
احد لانهم بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم وقوله ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق
لم يصل عليه وقال الشافعي يصلى عليه لانه مؤمن الا انه مقتول بحق فهو كالمقتول في رجم او قصاص ولنا
ان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة ولم يغسلهم فقيل له اهم كفار فقال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا
اشار الى انه انما ترك الغسل والصلوة عليهم عقوبة لهم وزجرا لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك
على خشبته عقوبة له وزجرا لغيره والله اعلم

باب الصلاة في الكعبة

قد تقدم في اول باب صلوة الجنازة وجه تاخير هذا الباب فلا نعيده الصلوة في الكعبة جائزة فرضها
ونفلها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما قال صاحب النهاية كان هذا اللفظ وقع سهوا من الكاتب
فان الشافعي يرى جواز الصلوة في الكعبة فرضها ونفلها كذا اورده اصحاب الشافعي في كتبهم
ولم يورد احد من علمائنا ايضا هذا الخلاف فيما عندي من الكتب واجيب بان ما اذا لم يجد الى الباب
وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل فهو خير من الحمل على السهو الا ان
اطلاق كلامه يناقيه قوله ولمالك في الفرض يعني انه يجوز النفل في جوف الكعبة ولا يجوز
الفرض ويقول الصلوة فيها جائزة من حيث انه استقبل بعضا وفاسدة من حيث انه استدبر
آخر والترجيح لجانب الفساد احتياطا في امر العبادة وهو القياس في النفل ايضا الا انه تركناه
لورود الاثر فيه ومبناه على المساهلة فانه يجوز قاعدا مع القدرة على القيام والفرض ليس في معناه حتى يلحق به
ولنا انه صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة الفرض يوم الفتح رواه بلال ولئن كان نفلا فالفرض
في معناه فيما هو من شرائط الجواز دون الاركان ولان الصلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال
القبلة لان استيعابها ليس بشرط كما لو صلى خارجها والاستدبار انما يوجب الفساد اذا لم يستقبل
بعضها لانتفاء المامور به وهو استقبال الشطر منها واما اذا استقبل فممنوع فانه اتى بما امر به
وقوله فان صلى الامام بجماعة فيها الصلوة بالجماعة في جوف الكعبة لا يخلو عن وجوه اربعة اما ان يكون
وجهه الى ظهر الامام او الى وجه الامام او يكون ظهره الى ظهر الامام او الى وجهه والاول والثالث جائز بلا
كراهة والثاني بكراهة والرابع لا يجوز اما جواز الاول فظاهر واما جواز الثاني فلوجود المتابعة
وانتفاء المانع وهو التقدم على الامام واما كراهته فلشبهه بعابد الصورة بالمقابلة فينبغي ان يجعل
بينه وبين الامام سترة تحرزا عن ذلك واما جواز الثالث فلما ذكره في الكتاب انه متوجه الى القبلة
ولا يعتقد امامه على الخطأ قيل وهذا ليس بكاف لان من جعل ظهره الى وجه الامام وهو الوجه الرابع
متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ ومع ذلك لا تجوز صلوته فكان الواجب ان يقول وهو غير
متقدم عليه والجواب انه اعلم على عدم الجواز في الوجه الرابع بالتقدم على الامام فاقتصر
عن ذكره في الاول اعتمادا على انه يفهم من الثاني وقوله ولهذا لو تحرى اي لاجل انه تحرى في ليلة مظلمة
فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام وهو يعلم حاله فانه لا يجوز صلوته لانه اعتقد امامه على الخطأ وقد
مر في باب شروط الصلوة وقوله ظهره وجه عدم جواز الوجه الرابع من هذا واما اذا كان على يمين الامام
او يساره فهو ايضا جائز وهو ظاهر وقوله واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة
في بعض النسخ وتحلق وهو ظاهر لانه عطف على قوله صلى وقوله فمن كان منهم اقرب الى الكعبة والا فلا وله
تحلق بلا واو فقال بعضهم حال بتقدير قد وقوله فمن كان منهم جزاء الشرط وقال بعضهم هو جزاء الشرط
وقوله لم يكن جملة اخرى شرطية عطفت على الاولى وقوله اذا لم يكن في جانب الامام ليس الى انه اذا كان
في جانبه لم يجز لوجود التقدم لان التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب قال بعض الشارحين لان
التقدم والتاخر من الاسماء الاضافية وليس الاضافة تقبل بالجهة وقال بعضهم لان عند اتحاد الجهة كان
في معنى من جعل ظهره الى وجه الامام وهو جائز وقوله ومن صلى على ظهر الكعبة اي على سطحها ولعله اختار لفظ
الظهر اتباعا للفظ الحديث على ما ذكره اراد ان من صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته عندنا وان لم يكن بين
يديه سترة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الا ان يكون بين يديه سترة بناء على ان المعتبر في جواز التوجه
الى القبلة في الصلوة البناء وعندنا ان القبلة هي الكعبة والكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء فلا معتبر بالبناء
لانه ينقل الا ترى ان من صلى على ابي قبيس جازت صلوته ولا شيء من بناء الكعبة بين يديه فدل على انه لا اعتبار

بالبناء وقوله الا انه يكره استثناء من قوله جازت صلوته وتذكير الضمير بتاويل فعل الصلوة او اداءها
لما فيه اي في التعلي على ظهر الكعبة من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه قيل اي عن ترك التعظيم وقيل عن اداء
الصلوة على ظهرها روي عن ابي هريرة رضي الله عنه انه قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلوة في سبعة مواطن
المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله والله تعالى اعلم

كتاب الزكوة

قرن الزكوة بالصلوة اقتداء بكتاب الله تعالى في قوله
تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكوة ولان الصلوة حسنة لمعنى في نفسها بلا واسطة والزكوة ملحقة
بها وموضعه اصول الفقه والزكوة في اللغة عبارة عن النما يقال زكى الزرع اذا نمى وفي عرف الفقهاء اسم
لفعل اداء حق يجب للمال يعتبر في وجوبه الحول والنصاب لانها توصف بالوجوب وهو من صفات الافعال
دون الاعيان وقد يطلق على المال المؤدى لان الله تعالى قال واتوا الزكوة ولا اتيان الا في العين وسببها
ملك النصاب النامي وشرطها الحرية والبلوغ والعقل والاسلام والخلو عن الدين وكمال نصاب حولي وصفتها
الفرضية وحكمها الخروج عن عهدة التكليف في الدنيا والنجاة عن العقاب والوصول الى الثواب في العقبى
قال الزكوة واجبة على الحر والزكوة واجبة اي فريضة لازمة لم ينكرها احد من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم الى يومنا هذا وانما عدل عن لفظ الفرض الى الواجب اما لان بعض مقاديرها وكيفيتها ثابتة باخبار
الاحاد ولان استعمال احدهما في موضع الاخر جائز مجازا وانما قال ملكا تاما احترازا عن مال المكاتب فانه
ملك المولى وانما للمكاتب فيه ملك اليد وعن مال المديون فان صاحب الدين يستحقه عليه فيكون ملكا ناقصا
وكلامه فيه ظاهر وقوله فادير الحكم عليه يعني كون الاعتبار به دون حقيقة الاستنماء حتى اذا ظهر النماء او لم
يظهر تجب الزكوة وقوله ثم قيل هو واجب على الفور وهو قول الكرخي فانه قال يأثم بتاخير الزكوة بعد التمكن
وروي عن محمد رحمه الله من اخر الزكوة من غير عذر لا يقبل شهادته فرق بينها وبين الحج فقال لا يأثم بتاخير الحج
ويأثم بتاخير الزكوة لان في الزكوة حق الفقراء فيأثم بتاخير حقهم اما الحج فهو خالص حق الله وروى هشام
عن ابي يوسف انه لا يأثم بتاخير الزكوة ويأثم بتاخير الحج لان الزكوة غير موقتة اما الحج فهو موقت كالصلوة فربما لا
يدرك الوقت في المستقبل وموضعه اصول الفقه وقوله وليس على الصبي والمجنون زكوة هو الموعود بقوله
لما نذكره وقوله هي غرامة مالية اي وجوب شيء استعار لفظ الغرامة للوجوب لما ان حقيقة الغرامة
هي ان يلزم الانسان ما عليه كانه يقول الزكوة واجب مالي وكل ما هو واجب مالي يجب عليه كنفقة الزوجات
والعشر والخراج فالزكوة تجب عليه ويؤدي عنه الولي وهو قول ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم ولنا انها
عبادة لان العبادة هي ما ياتي به العبد على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والزكوة كذلك وقد
قال صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس الحديث وغيرها عبادة بالاتفاق فكذلك هي وكل ما هو عبادة
لا يتادى الا بالاختيار تحقيقا للابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل وهو قول علي وابن عباس رضي الله عنهم
فان قيل الصلوة والصوم والايمان على اصلكم يصح من الصبي فاما ان يكون باختيار او غيره فان كان الاول فليصح
الزكوة بمثله من الاختيار وان كان الثاني انتقض قولكم وكل ما هو عبادة لا يتادى الا بالاختيار فالجواب انها
انما تصح باختيار وقوله فلتصح الزكوة بمثله من الاختيار قلنا غير متصور لان ذلك اختيار لا يستلزم ضرر العدم
الوجوب عليه وهذا الاختيار يستلزم الضرر فلا يكون مثل ذلك وقوله بخلاف الخراج جواب عن قوله وصار
كالعشر والخراج وقوله وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة لان سبب وجوب العشر الارض النامية
بالخارج فباعتبار الارض وهي الاصل كان مؤنة فكانت المؤنة اصلا وباعتبار الخارج وهو وصف للارض
كان شبيها بالزكوة والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعا فان قيل سبب وجوب الزكوة
النصاب النامي والنصاب اصل والنما وصف ومع ذلك لم يجب في الزكاة معنى المؤنة اصلا فالجواب

بتاخير

ان المونة

ان المونة ما يحتاج اليه للبقاء كالنفقة والزكوة ليست بسبب البقاء المال وتمامه قررناه في التقرير
وقوله ولو افاق يعني المجنون في بعض السنة فهو بمنزلة الافاقة في بعض الشهر يعني اذا كان مفيقا
في جزء من السنة اولها او اخرها قل او كثر بعد ملك النصاب يلزمه الزكوة كما لو افاق في جزء من
شهر رمضان في يوم او ليلة لزمه صوم الشهر كله في قول محمد وروايته عن ابي يوسف لما ان السنة
للزكوة بمنزلة الشهر للصوم والافاقة في جزء من الشهر كالافاقة في جميعه في وجوب صوم
جميع الشهر فكذا هذا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الحول فاذا كان مفيقا فيه فقد غلب
الصحة الجنون فصار كمجنون ساعة فوجبت الزكوة وان كان مجنونا فيه كان كالمجنون في جميع
السنة ولا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يدرك مجنونا والعارضي وهو ان يدرك مفيقا
ثم يجن على ظاهر الرواية يعني اذا افاق في بعض السنة وجبت الزكوة سواء كان الجنون اصليا
او عارضيا لما ذكرنا وكذا على قول ابي يوسف لان المعتبر عنده الافاقة في اكثر السنة من غير نظر الى
الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة في الاصلي انه يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ
لان التكليف لم يسبق هذه الحالة فصارت الافاقة بمنزلة بلوغ الصبي واما اذا طرا الجنون فان
استمر سنة يسقط لانه استوعب مدة التكليف لما لم يسبق هذه الحالة فصارت الافاقة وهي
الصلوة والصوم والحج وان كان اقل من ذلك لم يعتبر قال وليس على المكاتب زكوة قد ذكرنا ان المكاتب
ليس له ملك تام فلا تجب عليه الزكوة ومن عليه دين يحيط بماله وله مطالب من جهة العباد سواء كان
لله كالزكوة او للعباد كالقرض وثمن المبيع وضمان المتلف وارش الجراحة ومهر المراة سواء كان من النقود او
غيرها وسواء كان حالا او مؤجلا فلا زكوة عليه وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب نام
فان المديون مالك لماله لان دين الحر الصحيح يجب في ذمته ولا تعلق له بماله ولهذا يملك التصرف فيه
كيف شاء ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية اي معد لما يدفع الهلاك تحقيقا او تقديرا لان صاحبه
يحتاج اليه لاجل قضاء الدين دفعا للحبس والملازمة عن نفسه وكل ما هو كذلك اعتبر معدوما كالماء
المستحق بالعطش لنفسه او دابته وثياب المهنة وهذا ايضا راجع الى نقصان الملك فان لصاحب الدين
ان ياخذه من غير رضاه ولا قضاء فكان ملكا ناقصا وقوله وان كان ماله اكثر من دينه ظاهر واعلم ان المديون
اذا كان له صنوف من الاموال المختلفة والدين مستغرق بعضها صرف اولا الى النقود فان فضل
شيء منه صرف الى عروض التجارة دون السائمة فان فضل شيء منه صرف ثم الى مال القنية فان كان له
نصب من الابل والبقر والغنم يصرف الى اقلها زكوة حتى انه في هذه المسئلة يصرف الدين الى الابل الاعجاف
الواجب فيهما والاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان انفع للفقراء لا يصرف الدين اليه وقوله والمراد
دين له مطالب ظاهر وقوله حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك صورته رجل ملك مائتي درهم
فمضى عليه حولان ليس عليه زكوة السنة الثانية لان وجوب زكوة السنة الاولى صار مانعا عن وجوبها
في الثانية لانتقاص النصاب بزكوة الاولى ولو حال الحول على المائتين فاستهلك النصاب قبل اداء الزكوة
ثم استفاد مائتي درهم وحال الحول على المستفاد لا يجب عليه زكوة المستفاد لان وجوب زكوة النصاب
الاول دين في ذمته بسبب الاستهلاك فمنع وجوب الزكوة وقوله خلافا لزفر فيهما اي في النصاب
الذي وجب فيه الزكوة وفي النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك فانه لم يجعل هذين الدينين
مانعين عن الزكوة لانه لا مطالب له من جهة العباد فصار كدين النذر والكفارة وقوله ولابي يوسف
في الثاني اي في النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك على ما روي عنه اي على ما روى عنه اصحاب
الاملاء وقوله لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه دليلنا

والغنم ولا يصرف الى النقد ثم الى الاكثر بالخيار ان شاء صرفه الى الابل وان شاء الى الغنم

وهذا لان ظاهر قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال
وكذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتان رضي الله عنهما بعده كانوا ياخذون
الى ان فوض عثمان رضي الله عنه في خلافته اداء الزكوة عن الاموال الباطنة الى ملاكها
لمصلحة هي ان النقد مطمع كل طامع فكره ان يفتش السعاة على التجار مستور اموالهم
ففوض الاداء اليهم وحق الاخذ للساعي يعرض للنوب في ذلك ايضا فانه اذا امر على العاشر
كان له ان ياخذ منه الزكوة فيطالبه ويخلصه فلذلك كان منع وجوب الزكوة وبهذا فرق
ابو يوسف بين دين الزكوة ودين الاستهلاك فان دين النصاب المستهلك لا مطالب له من جهة
العباد بخلاف النصاب القائم فانه يمكن ان يمر به على العاشر فيثبت له ولاية المطالبة حينئذ
وقوله لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية يعني ان الشغل بالحاجة الاصلية
وعدم النماء كل منهما مانع عن وجوبها وقد اجتمعا ههنا اما كونها مشغولة بها فلانه لا بد له
من دار يسكنها وثياب يلبسها واما عدم النماء فلانه اما خلقي كما في الذهب والفضة او بالاعداد
للتجارة وليسا بموجودين ههنا وقوله وعلى هذا كتب العلم يعني انها تمنع وجوبها اذا لم يكن
للتجارة سواء كانت مع اهلها او مع غيره لعدم النماء وعلى هذا فقوله لاهلها غير مفيد ههنا
وانما يفيد في حق المصرف فان كتب اهل العلم اذا كانت له كتب تساوي مائتي درهم فانه كان يحتاج
اليها للتدريس ونحوه جاز صرف الزكوة اليه والا فلا وقوله والات المحترفين قيل يريد بها
ما ينتفع بعينه ولا يبقى اثره في المعمول كالصابون والحرض وغيرها كالقدور وقوارير العطار ونحو
لكون الاجرة حينئذ مقابلا بالمنفعة ولا تعد من مال التجارة واما ما يبقى اثره فيه كما لو اشترى
الصباغ عصفرا او زعفرانا ليصبغ للناس بالاجر وحال عليه الحول فانه يجب فيه الزكوة اذا بلغ
نصابا لان الماخوذ من الاجر مقابل بالعين وقوله لما قلنا يعني انها ليست بنامية قال
ومن له على اخر دين يجحده سنين فه لما فرغ من بيان من يجب عليه الزكوة ومن لا يجب شرع في بيان
الاموال التي لا يجب فيها وهو ما يسمى ضمارا وهو الغائب الذي لا يرجى فاذا رجي فليس بضمار كذا
نقل المطرزي عن ابي عبيد واصله من الاضمار وهو التغييب والاخفاء ومنه اضمر في قلبه وقالوا
الضمار ما يكون عينه قائما ولا ينتفع به كالدين المجحود والمال المفقود والعبد الابق والمغصوب
اذا لم يكن عليه بينة وقوله معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس لما قيد بذلك احترازا
عن مسئلة تاتي بعد هذا وهي قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة وقوله والمدفون في المفازة
اذا نسي مكانه قيد بالمفازة احترازا عن المدفون في ارض له او كرم او بيت على ما يجيء وقوله لهما
اي لزفر والشافعي رحمهما الله ان السبب قد تحقق والمانع منتف وكل ما كان كذلك تحقق لا محالة
اما تحقق السبب فلانه ملك نصابا ناميا على ما مر واما انتفاء المانع فلانه لو كان ثم مانع لكان فوات
اليد وهو لا يخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في المال الضمار وقوله
ولان السبب الى اخره دليل يتضمن الممانعة بان يقال لا نسلم ان السبب قد تحقق لان السبب هو
المال النامي وهو غير متحقق لان النماء انما يكون بالقدرة على التصرف ولا قدرة على المال الضمار
وقوله وابن السبيل يقدر بنائبه جواب عن قولهما كمال ابن السبيل وتقريره سلمنا ان السبب
قد تحقق ولكن لا نسلم ان المانع منتف قوله وفوات اليد غير مخل بالوجوب قلنا ممنوع قوله كمال
ابن السبيل قلنا قياس فاسد لان ابن السبيل قادر على التصرف بنائبه ولهذا لو باع شيئا من
ماله جاز لقدرته على التسليم بنائبه وقوله والمدفون في البيت نصاب اي موجب للوجوب

الزكوة

لتيسر الوصول اليه لكون البيت بيده لجميع اجزائه فيصل اليه بحفره وفي المدفون
في ارض مملوكة او كرم اختلاف مشايخ بخارا فقيل يجب لامكان حفر جميع الارض والوصول
اليه وقيل لا يجب لان حفر جميعها ان لم يكن متعذرا كان متعسرا او الحرج مدفوع
ولو كان الدين على مقر مليء اي غني مقتدر او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه اما
في المليء او بواسطة التحصيل يعني في المعسر يكون من قبيل اللف والنشر على الترتيب
وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم القاضي به لما قلنا يعني من امكان الوصول اليه
قال الامام فخر الاسلام ولو كانت له بينة عادلة وجبت الزكوة فيما مضى لانه لا يعد تاويا
لان حجة البينة فوق حجة الاقرار وهذا رواية هشام عن محمد وفي رواية اخرى عنه قال
لا يلزمه الزكوة لما مضى وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد يعدل ولا كل قاض يعدل
وفي المجاثاة بين يدي القاضي للخصومة ذل والبينة بلا قضاء لا تكون موجبة شيئا بخلاف
الاقرار لانه يوجب الحق بنفسه وبخلاف ما اذا كان الدين معلوما للقاضي لان صاحبه
هناك لا يحتاج الى الخصومة لان القاضي يلزمه بعلمه وقوله ولو كان على مقر مفلس بفتح اللام
المشددة فهو نصاب اي موجب للزكاة عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي اي قضاءه
عليه بانه افلس لا يصح عنده فكان وجوده كعدمه ولو لم يفلسه وجبت عليه بالاتفاق لامكان
الوصول بواسطة التحصيل كما مر وكذا بعد التفليس وعند محمد لا تجب عليه لتحقق الافلاس بالتفليس
لما صح التفليس عنده جعله بمنزلة المال التاوي والمجحود وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس
حتى تسقط المطالبة الى وقت اليسار ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة فيجب لما مضى اذا قبض
رعاية لجانب الفقراء وقوله ومن اشترى جارية للتجارة ظاهر وحاصله ان النية اذا اقترنت
بالعمل وجب اعتبارها واذا تجردت عن العمل لا يعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارة عمل الجوارح
فلا يحصل بمجرد النية لانها تصلح لترك الفعل دون انشائه وقوله وان اشترى شيئا ونواه
للتجارة كان للتجارة معناه ما تقدم مرارا انه اذا اشترى ونوى قرنت نيته بالعمل فاما اذا ورث ونوى
تجردت النية عن العمل لان الميراث يدخل في ملكه بغير عمله وصنعه حتى ان الجنين يرث وان
لم يكن منه فعل وقوله ملكه بالهبة او بالوصية او بغيرهما مما ذكر في الكتاب ونوى للتجارة
كان للتجارة عند ابي حنيفة وابي يوسف لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد لا يكون للتجارة
لانها لم تقارن عمل التجارة لان هذه العقود ليست بتجارة والحاصل ان ما يدخل في ملك الرجل على نوعين
نوع يدخل بغير صنعه كالارث ونوع يدخل بصنعه وهو على نوعين بدل مالي كالشراء
والاجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وبغير بدل كالهبة والصدقة
والوصية فالذي يدخل بغير صنعه لا يعتبر فيه نية التجارة بمجردها بالاتفاق والذي يدخل ببدل
مالي تعتبر فيه النية بالاتفاق والذي يدخل ببدل غير مالي او بغير بدل ففيه اختلاف على ما ذكرنا
قيل قوله وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة ليس على اطلاقه فان من اشترى شيئا لم يصح
فيه نية التجارة لا يصير للتجارة كمن اشترى ارضا عشرية او خراجية بنية التجارة فانه
لا يجب فيه زكوة التجارة لان نية التجارة فيها لا تصح لانها لو صحت لزم فيها اجتماع الحقين
بسبب واحد وهو الارض وهو لا يجوز واذا لم يصح بقيت الارض على ما كانت عليه
وقوله وقيل الاختلاف على عكسه يعني ما نقل الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي
الشهيد انه ذكر في مختلفه هذا الاختلاف على عكس ما ذكر في الكتاب وهو انه في قول ابي حنيفة

ابى حنيفة وابى يوسف لا يكون للتجارة وفى قول محمد يكون لها قال ولا يجوز اداء الزكوة
الا بنية مقارنة للاداء لان الزكوة عبادة فلا بد لها من نية ولا معتبر بها الا اذا قارنت العمل فان
قارنت الاداء فظاهر وان قارنت عزل مقدار الواجب فلما ذكر بقوله الا ان الدفع يتفرق فاكتفى
بوجودها حالة العزل تيسيرا فانا لو شرطنا وجودها عند كل دفع لزم الحرج فكان كتقديم
النية فى الصوم قوله ومن تصدق بجميع ماله لا ينوى الزكوة اى غيرها ولها سقط عنه فرضها
استحسانا والقياس ان لا يسقط قال وهو قول زفر لان النفل والفرض كلاهما مشروع فلا بد من
التعيين كما فى الصلوة وجه الاستحسان ما ذكره ان الواجب جزء منه اى من جميع المال وهو ربع العشر
فكان متعينا فيه اى فى الجميع والمتعين لا يحتاج الى التعيين لا يحتاج الى التعيين ولقائل ان يقول لو
متعين بتعيين المؤدى او بتعيين الشارع لا سبيل الى الاول لكونه خلاف المفروض والثانى انما يعتبر
اذا لم يزاحمه مزاحم كصوم رمضان وههنا ليس كذلك لان النفل مشروع والجواب انه متعين
بتعيين المؤدى بل لان الله تعالى لما اطلق به الحج وعليه حجة الاسلام والمفروض عدم نية نص الاداء له ولو
سلك ههنا المسلك الذى سلكته فى التقرير وهو ان نية الزكوة سقطت عنه لانه اداها والسقوط
عنه انما هو تخفيف عليه فيكتفى بمطلق النية تيسيرا لحالة كان اسهل ماخذا ولو ادى بعض النصاب
سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شايع فلو تصدق بالجميع سقط الجميع فكذا اذا تصدق
بالبعض بالكل وعند ابى يوسف لا يسقط لان البعض المؤدى غير متعين لجملته لبعض الواجب الذى
لكون الباقى محلا للواجب كله فوجدت مزاحمة سائر الاجزاء بخلاف ما اذا تصدق بالجميع بلا نية
لانه لم يبق ثمة مزاحم ولقائل ان يقول الباقى محل للواجب كله او لحصته والاول عين النزاع والثانى
هو المطلوب وروى ان ابا حنيفة مع محمد فى هذه المسألة

باب صدقة السوائم ذكر فى المبسوط ان محمدا رحمه الله بدا فى كتاب الزكوة بزكوة المواشى اقتداء
بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الصدقة فيه واراد بها الزكوة اقتداء بقوله انما الصدقات
للفقراء والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية اى رعت سوما واسامها صاحبها اسامة

فصل فى الابل بداء فى باب صدقة السوائم بفصل الابل لان رسول الله صلى الله عليه
وسلم كتب لابى بكر رضى الله عنه هكذا والذود من الابل من الثلاث الى العشر وهى مؤنثة لا واحد لها
من لفظها واضافة خمس الى ذود كاضافة فى قوله تسعة رهط فى كونها اضافة العدد الى مميزه الذى
هو بمعنى الجمع كانه قال تسعة انفس فان قيل الاصل فى الزكوة ان يجب فى كل نوع منه فكيف وجبت الشاة
فى الابل قلت بالنص على خلاف القياس ولان الواحد من خمس خمس والواجب ربع العشر وفى ايجاب الشقص
ضرر عيب الشركة فاوجبت الشاة لانها تقرب ربع عشر الابل لانها كانت تقوم بخمسة دراهم
هناك وبنت مخاض باربعين فايجابها فى خمس من الابل كايجاب الخمس فى المائتين من الدراهم قوله
فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض على هذا اتفقت الاثار واجمع العلماء الا ما روى شاذا عن
على رضى الله عنه انه قال فى خمس وعشرين خمس شياه وفى ست وعشرين ابنة مخاض قال سفيان الثورى
هذا غلط وقع من رجال على رضى الله عنه فانه افقه من ان يقول هكذا لان فى هذا موالاة بين الواجبين
لا وقص بينهما وخلاف اصول الزكوات فان مبناها على ان الوقص يتلو الوجوب قوله وهى التى
طعنت اى دخلت فى الثانية وانما سميت بنت مخاض لمعنى فى امها لان امها صارت مخاضا باخرى
اى حاملا وكذلك سميت بنت لبون لمعنى فى امها فانها لبون بولادة اخرى وسميت حقة لمعنى
فيها وهو انه حق لها ان تركب ويحمل عليها وسميت جذعة لمعنى فى الاسنان لها معروف

عند ارباب الابل

عند ارباب الابل وهى اعلى الاسنان التى تؤخذ فى زكوة الابل وبعدها ثنى وسديس
وبازل ولا يجب شىء من ذلك لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم السعاة عن اخذ كرائم
اموال الناس واعلم ان من صفات الواجب فى الابل الانوثة قال صاحب التحفة لا يجوز
فيها سوى الاناث الا بطريق القيمة وقيل فى ذلك بان الشرع جعل الواجب فى نصاب
الابل الصغار دون الكبار بدليل انه لا يجوز الا محبة لها وانما يجوز بالتى فضلا على اوكان
ذلك تيسيرا لارباب المواشى وجعل الواجب ايضا من الاناث لان الانوثة تعد
فضلا فى الابل فصار الواجب وسطا وفى الحاجة الشديدة تتعين الوسط ولم يتعين
الانوثة فى البقر والغنم لان الانوثة فيها لا تعد فضلا قوله ثم تستانف الفريضة
تفسير الاستئناف انه لا يجب فيما زاد على مائة وعشرين حتى يبلغ الزيادة خمسا
فاذا بلغت خمسا كان فيها شاة مع الواجب المتقدم وهو الحقتان فقوله مع الحقتين قيد
فيما ياتى بعده الى قوله بنت مخاض قوله الى مائة وخمسين يعنى من اول النصاب فيكون جملة
النصاب مائة وخمسة واربعين الحقتين وبنت مخاض فاذا زادت على ذلك خمسة صار مائة
وخمسين ففيها ثلاث حقاق قوله ثم تستانف الفريضة فيكون فى الخمس شاة يعنى مع ثلاث
حقاق وكذلك فيما بعده وقوله ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف فى الخمسين التى بعد المائة
والخمسين قيد بذلك احترازا عن الاستئناف الذى بعد المائة والعشرين فان ذلك ليس فيه
ايجاب بنت لبون ولا ايجاب اربع حقاق لعدم نصابهما لانه لما زاد خمس وعشرون على المائة
والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة واربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين فلما زاد
عليها خمس صارت مائة فوجبت ثلاث حقاق قوله وهذا اى الاستئناف بعد المائة
والعشرين وبعد المائة والخمسين وبعد المائتين مذهبنا وهو مذهب على وابن مسعود رضى الله
عنهما وقال الشافعى رحمه الله اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت
مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب فى كل اربعين
بنت لبون وفى كل خمسين حقة واستدل على ذلك بما روى انه كتب اذا زادت الابل على مائة
وعشرين ففى كل خمسين حقة وفى كل اربعين بنت لبون ولم يشترط عود ما دونها ولنا
من غير ان يوجب فى خمس وعشرين بنت مخاض ومن غير ان يوجب فى خمس وعشرين بنت مخاض
ومن غير ان يوجب فى الخمس شاة ولنا ما روى قيس بن سعد رضى الله عنه قال قلت لابى
محمد بن عمرو بن حزم اخرج لى كتاب الصدقات الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن
حزم فاخرج كتابا فى ورقة وفيه فاذا زادت الابل على مائة وعشرين استونفت الفريضة
فما كان اقل من خمس وعشرين ففيها الغنم فى كل خمس ذود شاة فيعمل بالزيادة اذ ليس فى
حال بينهم ما ينفى ذلك وقد عملنا بحديثهم ايضا لانا اوجبنا فى الاربعين بنت لبون
الواجب فى الاربعين ما هو الواجب فى سنه وقلنا وكذلك اوجبنا فى خمسين حقه ولو
والبخت والعراب سواء البخت جمع بختى وهو المتولد بين العربى والعجمى منسوب الى بخت نصر
والعراب جمع عربى وانما كانا سواء لان اسم الابل المذكور فى الحديث يتناولهما واختلافهما
فى الصنف لا يخرجهما من النوع

فصل فى البقر قدم فصل البقر على الغنم
لتناسبهما ضخامة وقيمة وهو مشتق من بقر اذا شق وسمى به البقر لانه يشق الارض لا
خلاف فى ان الثلاثين والاربعين نصاب زكوة البقر على ما ذكره فى الكتاب واختلفت الرواية

فيما زاد على الاربعين على ما نذكر والتبيع من ولد البقر ما يتبع امه والمسن منه ومن الشاة ما تمت
له سنتان وانما خير بين الذكر والانثى لان الانوثة في البقر لا تعد فضلا كما تقدم وقوله فهذا
اي بما ذكرنا من التبيع او التبيعة في ثلثين والمسن والمسنة في اربعين امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على الاربعين فقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله ثلث روايات
ففي رواية الاصل يجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي
الاثنين نصف عشر مسنة وفي رواية الحسن عنه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين ثم فيها
مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع وفي رواية ابن عمر وعنه وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وجه الاولى ان العفو فيما بين الثلثين والاربعين وبين الستين
وما فوقها ثبت نصا بخلاف القياس لما فيه من اخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو اطلاق
قوله خذ من اموالهم صدقة وقيام الاهلية ولا نص ههنا فاوجبنا فيما زاد بحسابه وتحملنا التشقيص
وان كان خلاف موضوع الزكوة ضرورة تعذر اخلائه عن الواجب ووجه رواية الحسن ان
مبنى هذا النصاب اي نصاب البقر على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل
ما قبل الاربعين وبعد الستين فيكون بين الاربعين والستين كذلك لكنه تخير بين اعطاء ربع مسنة
وثلث تبيع لان الزيادة على الاربعين عشرة وهي ثلث ثلثين وربع اربعين فخير بينهما ووجه رواية
اسد وقولهما قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رضي الله عنه لا تاخذن من اوقاص البقر شيا وفسر
بما بين اربعين الى ستين والاوقاص جمع وقص بفتح القاف وهو ما بين الفريضتين قلنا قد قيل ان
المراد بها الصغار يعني ان المراد بالاوقاص العجاجيل ونحن نقول بذلك وقوله ثم في الستين تبيعان
الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح **فصل** في الغنم قدم فصل زكوة الغنم
على الخيل اما لكون الحاجة الى بيانه امس لكثرته واما لكونه متفقا عليه والغنم اسم جنس يقع على الذكر
والانثى وما في الكتاب ظاهر الا كلمات نذكرها وقوله والضان والمعز سواء يعني في تكميل النصاب
لا في اداء الواجب لما سنذكر ان الجذع من المعز لا يجوز وقوله لان النص ورد به يعني ما كتب في
كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في اربعين من الغنم شاة الحديث وقوله والجذع ما اتى عليه
اكثرها روي عن ابي الدقاق انه ما طعن في الشهر التاسع وعن ابي عبد الله الزعفراني انه ما طعن في
الشهر الثامن وذكر في شرح الاقطع قال الفقهاء ان الجذع من الغنم ما تمت له ستة اشهر وهو
هذا تفسير علماء الفقه وعن الازهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر والثني
الذي القى ثنيته وهو من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الغنم والبقر
ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو
في كلها بعد الجذع وقبل الرباعي وهذا تفسير اهل اللغة وقوله وعن ابي حنيفة وهو قولهما يريد به
ما روى الحسن عنه وقوله ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكوة يعني ان باب الاضحية اضيق
الا ترى ان التضحية بالتبيع والتبيعة لا تجوز ويجوز اخذهما في الزكوة فاذا كان للجذع مدخل في
الاضحية ففي الزكوة اولى وقوله وجواز التضحية جواب عن قوله ولانه يتادى به الاضحية يعني
ان جواز التضحية بالجذع عرف بنص خاص في التضحية وهو قوله صلى الله عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع
من الضان فلا يتعداها والزكوة ليست في معناها اذ المقصود بها اراقة الدم والجذع يقارب
الثني في ذلك ولا كذلك الزكوة فلا تلحق بالاضحية دلالة والله اعلم **فصل**
في الخيل وجه تاخيره عن فصل الغنم قد تقدم وكلامه واضح وقوله هو المنقول اي تاويل ما رواه

بفرس الغازي

بفرس الغازي هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه فان هذه الحادثة وقعت في زمن مروان
فشاور الصحابة رضي الله عنهم فروى ابو هريرة رضي الله عنه ليس على الرجل في عبده ولا في
فرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ما تقول يا ابا سعيد فقال ابو هريرة عجبا من
مروان احدثه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول ما تقول يا ابا سعيد فقال
زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما اراد به فرس الغازي فاما ما حبس لطلب
نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار او عشرة دراهم والتخيير بين
الدينار والتقويم ماثور عن عمر رضي الله عنه فانه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه
يامره ان خذ من الخيل السائمة عن كل فرس دينارا او عشرة دراهم وان شئت قومها وخذ من
مائتي درهم خمسة دراهم وقد كان ذلك في خيل العرب لتقاربها في القيمة فاما في افراسنا
فتقومها لا غير فان قيل لو وجبت فيها الزكوة لكان للامام اخذها جبرا او لوجبت من عينها
كما في سائر السوائم وليس كذلك بالاجماع اجيب بانه لم يثبت له ذلك لان الخيل مطمع
لكل طامع فيخشى على صاحبه التعدي بالاخذ ولم تجز من عينها لان مقصود الفقير لا يحصل
به لكونه غير ماكول اللحم عنده وقوله وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل
استشكل بذكور الابل والبقر والغنم منفردات فانها لا تتناسل ووجبت فيها الزكوة
واجيب بان النماء شرط وجوب الزكوة لا محالة وهو في الخيل بالتناسل لا غير ولا تناسل في ذكور الخيل
منفردة واما غيرها فالنماء فيه كما يكون بالتناسل يكون باللحم والوبر فيجب فيه الزكوة فان قيل فما وجه الرواية
التي تجب فيها في الذكور المنفردة ايضا ولا نسل ثم على ما ذكرتم اجيب بان وجهها ان الاناث جعلت
نظير سائر انواع السائمة فان تسبب السوم يخف المؤنة على صاحبها وبه يصير مال الزكوة فكما ان
انواعها وقوله لم ينزل علي فيهما شيء روي انه سئل عن الحمير فقال انه لم ينزل علي فيها الا
هذه الاية الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره **قال**
قال صاحب النهاية وجدت في هذا الموضع بخط شيخي رحمه الله وجه مناسبة ايراد هذه المسئلة
ههنا هو انه لما فرغ عن حكم الكبار من السوائم شرع في بيان حكم الصغار وقوله ليس في الفصلان مختصرا
في ذلك [illegible] ثم عقد فصلا ههنا كما هو [illegible] في آخر الابواب والفصلان جمع الفصيل
ولد الناقة من فصل الرضيع عن امه والحملان جمع الحمل وقيل [illegible] الحمل وكذا الضان
في السنة الاولى والعجاجيل جمع عجول وهو ولد البقر حين تضعه امه الى شهر كذا في المغرب وقيل في
صورة المسئلة رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان او ثلثين من العجاجيل او اربعين من الحملان
او وهب له ذلك هل ينعقد عليه الحول او لا على قول ابي حنيفة ومحمد لا ينعقد وعند غيرهما
ينعقد حتى لو حال الحول عليها من حين ملكها وجبت الزكوة وقيل صورتها ان يكون له نصاب
سائمة فمضى عليه ستة اشهر فتوالدت مثل عددها ثم هلكت الاصول وبقيت الاولاد هل
يبقى حول الاصول على الاولاد عندهما لا يبقى وعند ابي يوسف يبقى وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء
عن ابي يوسف انه قال دخلت على ابي حنيفة فقلت ما تقول فيمن ملك اربعين حملا فقال
فيها شاة مسنة قلت ربما اتى قيمة الشاة على اكثرها او جميعها فتامل ساعة ثم قال لا ولكن
توخذ واحدة منها فقلت او يوخذ الحمل في الزكوة فتامل ساعة ثم قال لا اذا لا يجب فيها شيء واخذ
بقوله الاول زفر وبقوله الثاني ابو يوسف وبقوله الثالث محمد رحمهم الله وعد هذا من مناقبه
حيث تكلم في مسئلة في مجلس بثلثة اقاويل فلم يضيع منها وجه قوله الاول ان الاسم المذكور [illegible]

الخطاب بمعنى قوله عليه الصلوة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة يتناول الصغار والكبار
لكونه اسم جنس كاسم الآدمي ولهذا لو حلف لا ياكل لحم ابل فاكل لحم الفصيل حنث واجيب بان
الواجب قليل من الكثير واخذ المسنة من الصغار ليس كذلك لان قيمتها قد تاتي على اكثر النصاب
ووجه قوله الثاني انا لو اوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا يوجد فيها كان ذلك اضرارا بصاحب
المال وهو يقتضي عدم الوجوب ولو لم نوجب شيئا كان اضرارا بالفقراء لان الصغار نصاب
فان الكبار تكمل بها نصابا وكل ما هو كذلك كان نصابا بنفسه كالمهازيل وعكسه الحرف فانها لا توجد
يكمل بها نصاب فلا يكون في نفسها نصابا فاوجبنا واحدة منها كما في المهازيل فانا لا نوجب فيها السمين
وانما نوجب واحدة منها وهذا معنى قوله تحقيق النظر من الجانبين ووجه قوله الاخر ما قاله
ان المقادير لا يدخلها القياس الى آخره وتقريره ان ايجاب ما ورد به الشرع من الاسنان ههنا ممتنع
لانها لا توجد في الصغار واذا امتنع ما ورد به الشرع ههنا امتنع اصلا لانه لو جاز لكان بالقياس
والمقادير لا يدخلها القياس والفطن يستخرج من هذا جوابا لابي يوسف فانه قاس على المهازيل وهو
فاسد لان المهازيل يوجد فيها ما ورد به الشرع من الاسنان ولو كان فيها واحد من المسان الى اخره
يعني انه اذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار تبعا لها في انعقادها نصابا ولا تتادى الزكوة بالصغار
بل يدفع لها من الكبار ان كان على مقدار الواجب بيانه اذا كانت له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا
يجب فيها مسنتان وان كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله يجب مسنة واحدة وعند ابي يوسف رحمه الله مسنة وحمل وعلى هذا القياس
فصل الابل والبقر والاصل في ذلك ما قال عمر رضي الله عنه عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها
على كتفه ولا تاخذها منهم فقد نهى عن اخذ الصغار عند الاختلاط. قوله ثم عند ابي يوسف
الى اخره يعني ان الروايات عن ابي يوسف اختلفت في الفصلان روى محمد عنه انه لا يجب فيها
الزكوة حتى يبلغ عددا لو كانت كبارا وجب فيها واحدة منها وذلك بان يبلغ خمسة وعشرين ثم لا شيء في الزيادة
حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسنات تثنى الواجب وذلك بان تبلغ ستة وسبعين فحينئذ يجب منها اثنان
ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسنات تثلث الواجب بان يبلغ مائة وخمسة واربعين فيجب منها ثلاثة
ولا يجب فيما دون خمسة وعشرين ووجهه ان الواجب كان تعين بالنص باعتبار العدد والسن وقد تعذر
السن في الفصلان فبقي العدد معتبرا بالاجماع وهذا غير صحيح فان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب
في خمس وعشرين واحدة في مال اعتبر قبله اربعة نصب واوجب في ست وسبعين [illegible] في موضع اعتبر ثلثة
نصب بينها وبين خمس وعشرين وفي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب لو اوجبنا كان بالراي
لا بالنص وروى ابن سماعة عنه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل هكذا الى خمس
وعشرين ووجهه انه اعتبر البعض بالجملة وروي عنه انه ينظر في الخمس الى قيمة خمس فصيل والى قيمة
شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل وفي خمسة عشر يجب الاقل من قيمة
ثلث شياه ومن قيمة ثلثة اخماس فصيل وفي العشرين يجب الاقل من اربع شياه ومن اربعة اخماس فصيل
وفي خمس وعشرين يجب واحدة منها وهذا معنى قوله على هذا الاعتبار ووجه هذه الرواية ان الاقل
متيقن فيتعين قال ومن وجب عليه سن السن هي المعروفة ثم سمي بها صاحبها كالناب للمسنة
من النوق ثم استعيرت لغيره كابن المخاض وابن اللبون وذكر السن واراد ذات السن انما يكون لان الاسنان
لان عمر الدواب يعرف بالسن قوله ومن وجب عليه سن صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون ولم
توجد عنده باخذ المصدق الحقة ويرد الفضل او وجب عليه الحقة ولم توجد باخذ بنت اللبون وياخذ

الفضل

الفضل قال في النهاية ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على ان الخيار للمصدق وهو الذي ياخذ
الصدقات ولكن الصواب ان الخيار الى من عليه لان الخيار شرع رفقا بمن عليه الواجب والرفق
انما يتحقق بتخييره فكان المراد به اذا سمحت نفس من عليه اذ الظاهر من حال المسلم انه يختار ما هو
الارفق بالفقراء واقول ظاهر ما ذكر في الكتاب لا يدل على ذلك وانما يدل على ان الخيار في الوجه
الاول للمصدق وحينئذ فالمراد ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شرى وفي الوجه
الثاني لمن عليه حينئذ فالتخيير لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ولا يخفى ان يكون مختار المصنف
التفصيل بناء على ما ذكرت من الدليل هذا ان اريد بالكتاب الهداية وان اريد به القدوري فالظاهر منه
ليس بمراد كما استدلت عليه المصنف وفي قوله ورد الفضل اشارة الى نفي مذهب الشافعي وهو
ان جبران ما بين السنين عنده مقدر بشاتين او عشرين درهما لقوله عليه الصلاة والسلام
من وجب في ابله بنت لبون فلم يجد المصدق الا حقة اخذها ورد شاتين او عشرين درهما
مما استيسرنا عليه وان لم يجد الا بنت مخاض اخذها واخذ شاتين او عشرين درهما مما استيسرنا
عليه وعندنا ذلك بحسب الغلاء والرخص وانما قال عليه الصلاة والسلام ذلك لان التفاوت
ما بين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا انه تقدير شرعي وكيف ذلك وربما يؤدي الى الاضرار
بالفقراء او الاجحاف بارباب الاموال لانه اذا اخذ الحقة ورد شاتين فربما يكون قيمتهما قيمة
بنت اللبون فيكون اخذ الزكوة منهما وابنة المخاض يكون زيادة وفيه اجحاف بارباب الاموال
قال ويجوز دفع القيم في الزكوة اداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكوات
والصدقات والعشور والكفارات جائز لا على ان القيمة بدل عن الواجب لان المصير الى
البدل انما يجوز عند عدم الاصل واداء القيمة مع وجود عين المنصوص عليه في ملكه
جائز فكان الواجب عندنا احدهما اما العين او القيمة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا
للمنصوص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في اربعين شاة شاة كما في الهدايا والضحايا قوله ولنا انها
انما للرزق الموعود معقول لما وجب [illegible] وروي الصالح فهو حق الله
تعالى بطريق [illegible] احد الامرين الزكوة الى الفقير بقوله تعالى انما الزكوة للفقراء
الرزق الموعود وقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ثابت في الواقع والامر
بالاداء ليبطل تعيين الشاة فلما ثبت في الواقع بطل تعيين الشاة لما في الواقع
فلان الله تعالى وعد ارزاقهم ثم امر بشاة ايجاب الموعود كما ذكرنا
عليه الابتلاء الامر ان لا يبطل تعيين الشاة فلا قربة البناء ووجدت القربة
في الزكوة شعبة خلة المحتاج وهي اختلاف الاسماء الشاة فكان اداء الاسباب
على ما عرف في الاصول وفي ذلك انتقال الشاة الرزق الموعود وغيره وعلى ان النائب
الامر لا ان اليه القويل ايصال الرزق الموعود اليه ذلك الا بان التقلب الشاة
الى الرزق في كل النوع فكان ذلك لا انسان على حرم في الواجبات
لكنها المقابلة ويجوز فيها دفع القيمة بالاجماع بخلاف الهدايا والضحايا فان القربة فيهما
اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شيء فهي ليست بمتقومة ولا
معقولة المعنى قال وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة قال العلوفة بالفتح ما يعلف
من الغنم وغيرها الواحدة والجمع سواء علفه الدابة اطعمها العلف والعلوفة بالضم جمع علف
قوله لظواهر النصوص يعني قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقوله صلى الله عليه وسلم في خمس من

الابل الابل وفي اربعين شاة شاة وغير ذلك مما فيه كثرة ولنا حديث علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال ليس في الابل العوامل صدقة وحديث ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام
ليس في البقر العوامل صدقة وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس في البقر المثيرة صدقة
وهو مذهب علي وجابر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم ولان السبب هو المال النامي وهذه الاموال
ليست بنامية لان دليل النماء الاسامة والاعداد للتجارة والفرض عدمهما واذا انتفى السبب انتفى الحكم
وقوله ولا نماء في العلوفة اي لان السبب هو المال النامي ولا نماء في هذه الاموال لان المؤنة تتراكم
فيها فينعدم النماء معنى وفيه بحث من وجهين احدهما انكم ابطلتم اطلاق الكتاب بخبر الواحد وهو لا يجوز
عندكم لكونه نسخا وحملتم المطلق في الاخبار على المقيد وهو ايضا لا يجوز عندكم والثاني ان دليل
النماء الاسامة او الاعداد للتجارة والفرض عدمهما واذا انتفى السبب انتفى الحكم وقوله ولا نماء في العلوفة
اي لان السبب هو المال النامي ولا نماء في هذه الاموال لان المؤنة تتراكم فيها فينعدم النماء معنى وفيه ما
كما ذكرتم وتراكم المؤنة لا يبطل النماء بالاعداد للتجارة فان من اشترى خمسا من الابل بنية التجارة وعلفها
جميع السنة وجبت عليه الزكوة في آخر السنة فما باله ابطل النماء بالاسامة والجواب عن الاول
ان الاطلاق ليس على ظاهره بالاجماع الا ترى انه مطلق عن الحول لان الحول لا يجب الا به فكان الاية
لبيان وجوب الاخذ وهي فيما عداه مجمل فجاءت الاخبار بيانا لذلك ولم نحمل المطلق على المقيد وانما جعلنا
المقيد متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين لان الاصل هو الاطلاق لكونه عدما فلو قلنا المقيد نسخ الاطلاق
ثم المطلق نسخه فعكسناه دفعا لذلك وعن الثاني بان الاسامة والعلف متضادان فاذا وجد العلف انتفى
الاسامة ولا كذلك التجارة ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول واكثر
كانت علوفة اما في الاكثر فلان القليل تابع للاكثر لان اصحاب السوائم لا يجدون بدا من ان يعلفوا سوائمهم
في وقت البرد والثلج كما في البلاد الباردة واما في النصف فلانه وقع الشك في ثبوت سبب الايجاب فلا يجب
ولا ترجح جهة الوجوب بجهة العبادة لان الترجيح انما يكون بعد ثبوت السبب قال في النهاية ثم هذا
الذي ذكره من الاسامة في حق ايجاب زكوة السوائم انما يصح ان لو كانت الاسامة للدر والنسل او للسمن
واما الاسامة للتجارة فلا تجب فيها زكوة السائمة وكذا في الاسامة للحمل او الركوب قوله ولا ياخذ
المصدق خيار المال ظاهر وقوله من حزرات اموال الناس الحزرات بالحاء المهملة والزاي جمع حزرة
بالتحريك وهو خيار المال والحاشية صغار الابل لا كبار فيها ذكره في المغرب خذ من حواشي اموالهم اي من
عرضها يعني من جوانبها من غير اختيار وهي في الاصل جمع حاشية الثوب وغيره لجانبه ولتفسير المصنف
بقوله اي اوساطها غير ذلك وهو الحق لقوله ولان فيه نظرا من الجانبين قال ومن كان له نصاب
المستفاد على ضربين من جنس الاصل ومن خلاف جنسه والثاني لا يضم بالاتفاق كما اذا كان له ابل فاستفاد
في اثناء الحول بقرا او غنما وانما يستانف له حول بدانه والاول لا يخلو من ان يكون حاصلا بسبب
الاصل كالاولاد والارباح او بسبب مقصود فان كان الاول يضم بالاجماع وان كان الثاني مثل ان يكون
عند رجل مقدار ما تجب فيه الزكوة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس في خلال الحول بشرى او هبة
او ميراث ضمها اليها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعي يستانف له حول جديد من حين ملكه
فاذا حال الحول وجبت فيه الزكوة نصابا كان او لم يكن لانه اصل في حق الملك لحصوله بسبب غير سبب الاصل وكل
ما كان كذلك كان اصلا في الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة للملك
حتى ملكت بملك الاصل دون سبب مقصود ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها
يعني المجانسة يتعسر التمييز لان المستفاد مما يكثر وجوده لكثرة اسبابه فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد

من جانسه ضمه

لانه من اعانة

لان من اعانه فيه انما يمكن بعد ضبطه كميته وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج لا سيما اذا
كان النصاب دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهما او درهمين والحول ما شرط الا
تيسيرا فلو شرطنا له حولا جديدا لعاد على موضوعه بالنقض واذا ثبت ان علة الضم
في الاولاد والارباح المجانسة وهي موجودة في محل النزاع وجب القول بثبوت الحكم فيه فان قيل
قد مر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول وعلى تقدير الضم تجب
الزكوة بلا حول اجيب بانا ما اسقطنا الحول وانما جعلنا حول الاصل حولا على
المستفاد تيسيرا فان عورض بان الحكم في الاولاد والارباح بطريق السراية فلا يثبت الحكم
في محل النزاع قلنا ممنوع فان هذا الحكم قد يثبت في الامهات بالاولاد فان من كانت له مائة
وعشرون شاة فولدت واحدة قبل الحول فتم الحول وجبت عليه شاتان وكان الواجب على
الام غيرها بسبب الولد فتبين انه لم يكن بطريق السراية وقوله والزكوة عند ابي حنيفة
ظاهر فان من كان له تسع من الابل حال عليها الحول فهلكت منها اربع فعليه في الباقي شاة عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر عليه خمسة اتساع شاة وكذلك الدليل من الجانبين
وقوله ولان العفو يعني ان العفو لا يثبت الا بعد وجود النصاب فكان تابعا وكل مال يشتمل على
اصل وتبع ثم هلك منه شيء صرف الهلاك الى التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح
فهلك منه شيء فانه ينصرف الى الربح دون راس المال بالاتفاق وقوله ولهذا اي لكون الهلاك
يصرف الى التبع قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير الى اخره وبيان ذلك
ما اذا كان لرجل اربعون من الابل فهلك منها عشرون ففي الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف تجب فيها عشرون جزءا من ستة وثلثين جزءا من ابنة لبون وقال محمد تجب نصف
بنت لبون مر على اصله ان الواجب متعلق بالكل فاذا هلك النصف سقط نصف الواجب ولابي
يوسف ان الاربع عفو وبقي الواجب في ستة وثلثين فيبقى الواجب بقدر الباقي ولابي حنيفة
ان الهلاك يجعل كان لم يكن من قبل انه تابع والنصاب الاول هو الاصل الا ترى انه لو عجل الزكوة عن نصب
كثيرة وفي ملكه نصاب واحد جاز فثبت ان النصاب الاول اصل فما زاد كالتابع فاذا هلك شيء
صرف الهلاك الى ما هو التبع فيجب زكوة العشرين وذلك اربع شياه قال واذا اخذ
الخوارج الخراج والخوارج قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام العدل لتحريم يستحلون قتل العادل
وماله بتاويل القرآن ويدينون ذلك وقالوا من اذنب صغيرة او كبيرة فقد كفر وحل قتله الا ان
يتوب وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها ابدا فاذا ظهر
هؤلاء على بلد فيها اهل العدل فاخذوا الخراج وصدقة السوائم ثم ظهر عليهم الامام لا يثني عليهم
اي لا يؤخذ منهم ثانيا لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية كتب عمر رضي الله عنه الى عامله ان كنت لا تحميهم
فلا تجبهم ومن جبى الخراج منهم اذا اجمعه وافتوا ان يعيدوها الصدقة دون الخراج وهو اختيار
اي لا اعتبار لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة اذا ظهر عدو ودفعوا عن دار الاسلام واما
الصدقات فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم
تسقط وهو المحكي عن الفقيه ابي جعفر وكذا الدفع الى كل جائر قال في الجامع الصغير لقاضي خان
وكذلك السلطان اذا صادر رجلا واخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكوة عند الدفع سقطت
عنه الزكوة لانهم بما عليهم من التبعات فقراء انهم اذا ردوا ما لهم الى من اخذوا منهم لم يبق معهم
شيء والتبعات الحقوق التي عليهم في الذمة بالديون والغصوب والتبعة ما اتبع به وقوله ولو اخذوا اي الخوارج

باعادة صدقة السوايم والعشور احوط لان في ذلك خروجا عن عهدة الزكوة بيقين قيل كان
في قوله وصدقة السوايم اشارة الى ما نقل البزنا نسى عن الشهيد انه قال في صدقة الاموال
الظاهرة اما اذا صادره السلطان ونوى هو اداء الزكوة فعلى قول طائفة يجوز والصحيح
انه لا يجوز لانه ليس بظالب ولا به اخذ زكوة الاموال الباطنة والظاهر من كلام المصنف العموم
في الاموال الباطنة والظاهرة. قوله وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء بنو تغلب
قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الروم فلما اراد عمر رضي الله عنه ان يوظف عليهم الجزية
ابوا وقالوا نحن من العرب نانف من اداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائك من
الروم وان رايت ان تاخذ منا ما ياخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فعلنا ذلك فشاور الصحابة
رضي الله عنهم في ذلك وكان الذي يسعى بينه وبينهم كردوس التغلبي قال يا امير المومنين صالحهم
فانك ان تناجزهم لم تطقهم فصالحهم عمر رضي الله عنه على ذلك وقال هذه جزية سموها ما شئتم
فوقع الصلح على ان توخذ منهم ضعف ما يوخذ من المسلمين ولم يتعرض لهذا الصلح بعده عثمان
رضي الله عنه فلزم اول الامة واخرهم واذا عرف هذا فما في الكتاب ظاهر وهو ظاهر الرواية
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يوخذ منهم من نسائهم لانه بدل الجزية ولا جزية على النساء
ووجه الظاهر ما اشار اليه في الكتاب انه بدل الصلح والرجال والنساء فيه سواء لانهم صالحوا على
ان يضعف عليهم ما يوخذ من المسلمين والصدقة توخذ من المسلمات دون الصبيان فكذا في حقهم
قال وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة. اذا هلك المال بعد وجوب الزكوة
سقطت عندنا وقال الشافعي رحمه الله ان هلك بعد التمكن من الاداء لم تسقط والتمكن منه في الاموال
الباطنة بالظفر باهل الاستحقاق وفي الظاهرة بالظفر بالساعي في احد القولين لان الواجب
تقرر في الذمة بحصول الوسع على الاداء ومن تقرر عليه الواجب لا يبرا عنه بالعجز عن الاداء
كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد وهذا ابتناء على ان الزكوة عنده تجب في الذمة وعندنا
في العين. قوله ولانه منعه بعد الطلب دليل اخر وهذا لان الزكوة حق الله تعالى وقد طلبه
بالخطاب واذا تمكن من الاداء ولم يود كان الهلاك منعا بعد الطلب والمنع بعد طلب صاحب
الحق يوجب الضمان فكان كالاستهلاك ولنا ان الواجب ليس في الذمة بل هو جزء من النصاب
عملا بكلمة في في قوله في اربعين شاة شاة وتحقيقا للتيسير فان الزكوة وجبت بقدرة
ميسرة على ما عرف في الاصول ومن التيسير ان يكون الواجب من النصاب اذ الانسان
انما يخاطب باداء ما يقدر عليه وهو قادر على اداء الزكوة عن هذا النصاب لجواز ان لا يكون
له مال سواه لا سيما السكان في المفاوز فانهم لا يقدرون على تحصيل شيء من النقود لبعدهم
عن العمران واذا كان جزءا منه كان النصاب محله فيسقط بهلاكه كما لو دفع العبد
بالجناية فانه يسقط بهلاكه واذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر
وغيرها لانها تجب في الذمة وعورض بان دفع القيمة يجوز عندكم ولو كان الواجب
جزءا من النصاب لما جاز لان القيمة ليست بجزء من النصاب واجيب بان ذلك بامر
اخر وهو الاذن بالاستبدال كما تقدم. قوله والمستحق فقير جواب عن قوله
منع بعد الطلب وفيه اشارة الى انه لو طلبه فقير بالاداء ولم يود حتى هلك المال لم يجب
الضمان ايضا فضلا عما اذا لم يطلبه لان المستحق للطلب فقير يعينه المالك لا كل فقير لان
للمالك الراي في التصرف الى من شاء من الفقراء ولم يتحقق منه الطلب فلا يكون ثمة

منع

منع بعد الطلب وفي عبارته تسامح لان الفقير مصرف عندنا لا مستحق كما عرف في الاصول الا اذا
حمل كلامه على ان المراد به المستحق للطلب وفيه ضعف فان قيل الساعي متعين للطلب
فاذا لم يود بعد طلبه حتى هلك وجب ان يضمن ولم يقولوا به اجاب بقوله وبعد
طلب الساعي قيل يضمن وهو قول العراقيين من اصحابنا لكونه متعينا للطلب فالمنع
يكون تفويتا كما في الاستهلاك وقيل لا يضمن وهو قول مشايخ ما وراء النهر قيل وهو
الصحيح لعدم التفويت فان المنع ليس بتفويت لجواز ان يكون منعه لاختيار الاداء
من محل اخر بخلاف الاستهلاك فانه تلف وجد منه التعدي على محل مشغول بحق الغير
بالاتلاف فجعل الحال فيما زجرا له ونظرا لصاحب الحق اذ لو لم يجعل كذلك لما وصل الى
الفقير شيء لان كل من وجب عليه الزكوة لم يعجز ان يصرف النصاب الى حاجته بالاستهلاك
وقوله وفي هلاك البعض يسقط بقدره اي بقدر الهلاك اعتبارا للبعض بالكل فان
قيل قد ثبت ان الزكوة واجبة بقدرة ميسرة باشتراط النصاب وما وجب بصفة
لا يبقى بدونها وقد زال اليسر بفوات بعض النصاب وكان الواجب ان لا يبقى عليه
شيء كابتداء الوجوب فانه لا يثبت ببعض النصاب اجيب بان اليسر فيها لم يكن من حيث
اشتراط النصاب بل من حيث اشتراط صفة النما ليكون المودى جزءا من المال النامي
لئلا ينتقص به اصل المال وانما اشتراط اصل النصاب في الابتداء ليصير المكلف به اهلا
للاغنا فانه لا يتحقق الا من الغني والشرع قدر الغنى بالنصاب كما عرف في الاصول وانما
يسقط عند هلاك الكل لفوات النما الذي تعلق به اليسر واذا هلك بقي اليسر تبعا للنما
في ذلك القدر فينبغي بسقطه. قوله وان قدم الزكوة على الحول اي اداها قبل حولان
الحول جاز عندنا خلافا لمالك وذكر في الاسرار زفر بدل مالك له ان حولان الحول شرط
كالنصاب وتقديم المشروط على الشرط لا يجوز كما لو قدم على النصاب ولنا انه ادى بعد
سبب الوجوب وهو جائز كما اذا صلى في اول الوقت وصام المسافر في رمضان وادى
الدين المؤجل وحولان الحول شرط وجوب الاداء وكلامنا في جوازه وصار كما اذا كفر
بعد الجرح ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لان ملك النصاب سبب وجوب الزكوة
في كل حول ما لم ينتقص وجواز التعجيل باعتبار تمام الحرز وصح السبب وفي ذلك الحول
الاول والثاني سواء ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر فاذا
كان له خمس من الابل فعجل اربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الابل جاز
عن الكل عندنا وعنده لا يجوز الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكوة اصل بنفسه فكان التعجيل
على النصاب الثاني كالتعجيل على الاول وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز ولنا
ان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له الا ترى الى من كان له نصاب
في اول الحول ثم حصل له نصب في اخر الحول ثم تم الحول على النصاب الاول ولم يتم على
الباقيه جعل كانه تم الحول على النصب كلها ووجب اداء الزكوة عن المجموع بالاتفاق
فكذلك يجعل النصب الاخر كالموجودة في اول الحول في حق التعجيل والله تعالى اعلم

باب زكاة المال

لما قدم ذكر زكوة السوايم
لما قلنا اعقبه ذكر غيرها من اموال الزكوة فالمال كل ما يملكه الناس من دراهم
او دنانير او حنطة او شعير او حيوان او ثياب او غير ذلك والمصنف ذكر المال واراد

غير السوايم على خلاف عرف اهل البادية فان اسم المال عندهم يقع على النعم وعلى عرف اهل
الحضر فانه عندهم يقع على غير النعم **فصل** في الفضة قدم فصل الفضة
على غيرها لكونها اكثر تداولا لاجل الايدي والاوقيه بالتشديد افعوله من الوقاية لانها تقي
صاحبها من الضرر وقيل هي فعلية من الاوق وهو الثقل والجمع الاواقي بالتشديد وانما قيل كالاضاحي
وبالتخفيف اثافي وكلامه ظاهر **قوله** فيكون فيها درهم يعني مع الخمسة وهكذا في كل
اربعين درهما درهم مع ما سبق عند ابي حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقالا
ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه قلت الزيادة او كثرت حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيه جزء من
اربعين جزءا من درهم وهو قول علي وابن عمر رضي الله عنهما وبه اخذ الشافعي رحمه الله لقول علي
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وما زاد على المائتين فزكوته بحسابه ولان الزكوة وجبت
شكر النعمة المال واكل مال فان قيل تعلام شرط النصاب في الابتداء اجاب بقوله ليتحقق الغنا ليصير
المكلف به اهلا للاغنا كما ذكرنا من قبل فان قيل لو كان اشتراطه كذلك لما شرط في السوايم
في الانتها كما شرط في الابتداء اجاب بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع
ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين وجهه الى اليمن لا تاخذ من الكسور
شيئا قيل معناه ولا تاخذ من الشيء الذي يكون الماخوذ منه كسورا انسميه كسورا باعتبار ما يجب
فيه فان قيل يجوز ان يكون المراد ما قبل المائتين بدليل انه قال عقيب هذا في حديث معاذ فاذا
بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم فالجواب ان المراد به ما قبل المائتين وما بعده
لانه قال عقيب قوله في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم
ولا تاخذ مما زاد حتى يبلغ اربعين درهما فتاخذ منها درهما هكذا ذكره ابو بكر الرازي في شرح
مختصر الطحاوي مسندا الى معاذ بن جبل رضي الله عنه فيجعل قوله فاذا بلغ الورق الى اخر الحديث
بيانا وتفسيرا لقوله لا تاخذ من الكسور شيئا لئلا يلزم التكرار وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث
عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة وذلك انما يكون من المائتين لان ما قبله ليس فيه
ولا فيما دونه صدقة وهذا محكم فلا يعارضه حديث علي رضي الله عنه لاحتماله ان يراد بالزيادة
على المائتين الاربعون واحتماله ما ذكروه ولان الحرج مدفوع وهو واضح وفي ايجاب الكسور
ذلك اي الحرج لتعسر الوقوف لانه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم يجب عليه عندهما
خمسة دراهم وسبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم فتعسر معرفة سبعة اجزاء
من اربعين جزءا من درهم خصوصا اذا لم يقدر على الادا في السنة الاولى فاذا جاءت السنة
الثانية وجبت عليه زكوة ما بقي من المال بعد الزكوة لان دينها مستحق وان لم يؤد وذلك
ما تبا درهم ودرهم وثلثه وثلثون جزءا من اربعين جزءا من درهم واحد وزكوة درهم
وثلثه وثلثين جزءا من اربعين جزءا من درهم فيعسر الوقوف عليها البتة **قوله** والمعتبر
في الدراهم روي ان الدراهم في الابتدا كانت على ثلثة اصناف صنف منها كل عشرة منه عشرة
مثاقيل كل درهم مثقال وصنف منها كل عشرة منه ستة مثاقيل كل درهم ثلثة اخماس
مثقال وصنف منها كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال وكان الناس
يتصرفون بها ويتعاملون بها فيما بينهم فلما تولى عمر رضي الله عنه اراد ان يستوفي الخراج
بالاكثر فالتمسوا منه التخفيف فجمع حساب زمانه ليتوسطوا ويوفقوا بين الدراهم
كلها وبين ما رامه عمر رضي الله عنه وبين ما رامه الرعية فاستخرجوا له وزن السبعة

وهو معنى

وهو معنى قوله بذلك جرى التقدير في ديوان عمر واستقر الامر عليه فتعلق الاحكام
به كالزكوة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح وانما جعلوا
ذلك لاحد وجوه ثلثة احدها انك اذا جمعت من كل صنف عشرة دراهم صار الكل
واحدا وعشرين مثقالا فاذا اخذت ثلث ذلك كان سبعة مثاقيل والثاني انك اذا
اخذت ثلث عشرة من كل صنف وجمعت بين الاثلاث الثلثة المختلفة كانت سبعة
مثاقيل والثالث انك اذا القيت الفاضل على السبعة من العشرة اعني الثلثة والفاضل
ايضا على السبعة من مجموع الستة والخمسة اعني الاربعة ثم جمعت مجموع الفاضلين اي
فاضل السبعة من العشرة وفاضل المجموع من الستة والخمسة وهو ما القيته كانت
سبعة مثاقيل فلما كانت سبعة مثاقيل اعدل الاوزان فيها ودارت في جمعها بطريق
مستقيم اختاروها **قوله** وهو في حكم الفضة واضح قوله كما في ساير العروض الى اخره
يعني انها اذا لم تكن للتجارة ينظر الى ما يخلص منها من الفضة فان بلغ مائتي درهم يجب الزكوة
لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة وان كان لا يخلص ذلك فهي كالمضروبة من الصفر
كالقمقم لا شيء فيها الا اذا كانت للتجارة وقد بلغت قيمتها مائتي درهم فيجب خمسة دراهم
فصل في الذهب قد مر وجه تاخيره عن فصل الفضة وقوله لما روينا اشارة الى قوله
في اول فصل الفضة كتب الى معاذ ان خذ الى ان قال ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال
والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وضمير منها راجع الى ما لانه في معنى
الجمع قيل تعريف المثقال بقوله ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم غير صحيح لانه
عرف الدراهم في فصل الفضة بقوله وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل
فتوقف معرفة كل منهما على الاخر وهو دور والجواب انه ما عرف الدرهم بالمثقال في فصل
الفضة وانما قال المعتبر من اصنافها ما يكون وزن سبعة مثاقيل وكان ذلك معروفا
فيما بينهم ثم قال ههنا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف
اي المراد بالمثقال ههنا هو المعروف فيما بين الناس الذي عرف به وزن الدراهم ولا دور
في ذلك **قوله** ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان يعني اذا زاد على العشرين وبلغ الزيادة الى
اربعة مثاقيل ففيها قيراطان مع نصف مثقال لان الواجب ربع العشر وربع العشر حاصل
فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا فيكون اربعة مثاقيل ثمانين قيراطا وربع عشرها
قيراطان وهذا اصطلاح اهل الحجاز والقيراط خمس شعيرات فالمثقال وهو الدينار عندهم مائة
شعيرة واصل القيراط قراط بالتشديد لان جمعه القراريط فابدل من احد حرفي التضعيف
ما قوله وهو مسألة الكسور يعني التي بينها في فصل الفضة وقد بينا الاختلاف والحجج من الجانبين
فيه ولا مخالفة بينهما الا ان اربع مثاقيل ههنا قائمة مقام اربعين درهما هناك **وقوله**
وفي تبر الذهب والفضة التبر ما كان غير مضروب منهما والحلي على فعول جمع حلي كثدي
وثدي وهي ما تتحلى به المراة منهما **قوله** وقال الشافعي لا يجب في حلي النسا وخاتم الفضة
للرجال يعني الحلي الذي يباح استعماله لانه مبتذل في مباح وكل ما كان كذلك لا زكوة فيها
كثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب مال نام ودليل النما موجود وهو الاعداد للتجارة
خلقة والدليل هو المعتبر فاذا كان موجودا لا يعتبر بما ليس باصل وهو الاعداد للابتذال
بخلاف الثياب فانه ليس فيها دليل النما والابتذال فيها اصل لان فيه صرفها الى الحاجة الاصلية

المتعلقة بها وهي دفع الحر والبرد **فصل** في العروض اخر فصل
العروض لانها تقوم بالنقدين فكان حكمها بناء عليهما والعروض جمع عرض بفتحتين
حطام الدنيا اي متاعها سوى النقدين وقوله كائنة ما كانت اي من اي جنس كانت سواء كانت من
جنس ما تجب فيه الزكوة كالسوائم او لم تكن كالثياب والحمير والبغال وقوله ويشترط نية
التجارة اي حالة الشرا اما اذا كانت النية بعد الملك فلابد من اقتران عمل التجارة بنيته لان
مجرد النية لا تعمل كما مر وقوله يقومها بما هو انفع للمساكين احد الاقوال في التقويم فان فيه
اربعة اقوال احدها هذا وهو ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله في الامالي ووجهه ما ذكره
بقوله احتياطا لحق الفقراء فانه لابد من مراعاته الا ترى انه ان كان يقومه باحد النقدين
يتم النصاب وبالاخر لا يتم يقوم بما يتم بالاتفاق احتياطا لحق الفقراء كذلك هذا كذا في
النهاية وهو مخالف لتفسير المصنف للانفع في الكتاب والثاني ما ذكره في المبسوط وهو ان يقوم
صاحب المال باي النقدين شاء ووجهه ان التقويم لمعرفة مقدار المالية والثمنان في
ذلك سواء والثالث قول ابي يوسف على ما ذكره في الكتاب **وقوله** لانه ابلغ في معرفة
المالية لانه ظهر قيمته مرة بهذا النقد الذي وقع به الشرا والظاهر انه اشتراها
بقيمتها لان الغبن نادر والرابع قول محمد وهو ان يقومها بالنقد الغالب على كل حال يعني
سواء اشتراها باحد النقدين او بغيره لان التقويم في حق الله تعالى معتبر بالتقويم في حق
العباد ومتى وقعت الحاجة الى تقويم المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب في البلد
فكذا هذا وقوله واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا
يسقط الزكوة قيد بالنقصان احترازا عن الهلاك فان هلاك كل النصاب يقطع الحول
بالاتفاق وذكر النصاب مطلقا ليتناول كل ما يجب فيه الزكوة كالنقدين والعروض
والسوائم وقال زفر لا يلزم الزكوة الا ان يكون النصاب من اول الحول الى اخره كاملا لان حولان
الحول على المال شرط للوجوب فكل جزء من الحول يعني اوله واخره ولنا ما ذكره في الكتاب
وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن قول زفر لان اشتراط النصاب في الابتدا للانعقاد
وفي الانتها للوجوب وما بينهما بمعزل عنهما جميعا فلا يكون كل جزء من الحول يعني اوله
واخره والمراد بالنقصان النقصان في الذات فان النقصان في الوصف بجعل السائمة علوفة
يسقطها بالاتفاق لان فوات الوصف وارد على كل النصاب فكان كهلاك كل النصاب كله لفوات
الحلية بفوات الوصف **وقوله** وتضم قيمة العروض قال في النهاية بمحاصل مسائل الضم
ان عروض التجارة يضم بعضها الى بعض بالقيمة وان اختلفت اجناسها وكذلك تضم الى
النقدين بلا خلاف والسوائم المختلفة الجنس كالابل والبقر والغنم لا يضم بعضها الى بعض
بالقيمة وان اختلفت اجناسها وكذلك تضم الى النقدين بلا خلاف والسوائم المختلفة
الجنس كالابل والبقر والغنم لا يضم بعضها الى بعض بالاجماع **وقوله** لان الوجوب في الكل
باعتبار التجارة يعني ان سبب وجوب الزكوة ملك النصاب النامي والنما اما بالاسامة
او التجارة وليس كلامنا في الاولى فتعين الثانية وقوله وان افترقت جهة الاعداد يعني ان
الافتراق في الجهة بكون الاعداد من جهة العباد لاعدادها للتجارة وفي النقدين من جهة
الله بخلقه الذهب والفضة للتجارة لا يكون مانعا عن الضم بعد حصول ما هو الاصل وهو النما
ويضم الذهب الى الفضة عندنا للمجانسة من حيث الثمنية فاذا كان ما هو العلة في المجانسة

علة

علة الضم وهو العروض فلان يكون في الاثمان اولى وقوله ومن هذا الوجه صار سببا
اي من حيث الثمنية صار كل واحد من الذهب والفضة سببا لوجوب الزكوة فكان هذا
الوجه مشتركا بينهما فيوجب الضم ثم اختلف علماؤنا في ذلك فعند ابي حنيفة يضم
بالقيمة وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه وفائدته تظهر فيمن كان له مائة درهم
وخمسة مثاقيل ذهب وتبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما واما اذا
كان عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم او من احدهما ثلث ومن الاخر ثلثان او ربع
وثلثة ارباع فانه يضم بلا خلاف عندهم ودليلهما على ما ذكر في الكتاب واضح وهو
يقول انما اوجبنا الضم بالمجانسة وهي انما تتحقق بالقيمة دون الصورة واعتبار
الاجزا اعتبار الصورة ومسالة المصوغ ليست مما نحن فيه اذ ليس فيها ضم شي
الى شي اخر حتى يعتبر القيمة فان القيمة في النقود انما تظهر شرعا عند مقابلة احدهما
بالاخر وههنا ليس كذلك

باب فيمن يمر على العاشر

الحق هذا الكتاب بكتاب الزكوة اتباعا للمبسوط وشروح الجامع الصغير لمناسبة وهي ان
العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكوة بعينها الا ان هذا العاشر كما ياخذ من
المسلم ياخذ من الذمي والمستامن وليس المأخوذ منهما بزكاة فقدم الزكوة على هذا الباب
وعلى ما بعده لكونها عبادة محضة لا شائبة فيها للغير والعاشر مشتق من عشرت القوم
اذا اخذت عشر اموالهم فهو تسمية الشي باعتبار بعض احواله وهو اخذ العشر من الحربي
لا من المسلم والذمي على ما يجي **وقوله** اذا مر على العاشر بمال اي من الاموال الباطنة وانما
قيد بذلك لان الاموال الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر فيها الى مرور صاحب
المال عليه في ثبوت ولاية الاخذ له فانه ياخذ عشر الاموال الظاهرة منه وان لم يمر صاحب
المال عليه واما في الاموال الباطنة فان الادا لصاحب المال لكونها غير محتاجة الحماية لبطونها
فاذا اخرجها الى المفاوز احتاجت اليها فصارت كالسوائم فاذا مر التاجر على العاشر بما له مما ذكرنا
وقال اصبته منذ اشهر يعني لم يحل عليه الحول ولم يكن في بيته مال اخر من جنس هذا المال الذي حال عليه
الحول فانه لو كان لم يصدق قيل لان الحول ليس بشرط في المستفاد من الجنس او قال على دين
يعني دينا مستغرقا فان له مطالبا من جهة العباد وحلف على ذلك صدق وعرف العاشر
بقوله من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار ونوقض بانه ياخذ من الكافر وليس
المأخوذ منه صدقة واجيب بان الاصل في نصبه اخذ الصدقات لان فيه اعانة المسلم
على اداء العبادة وما عداها تابع لا يحتاج الى تنصيصه بالذكر **وقوله** فمن انكر تمام الحول
يعني بقوله اصبته منذ اشهر او الفراغ من الدين بقوله او علي دين كان منكرا للوجوب
والقول قوله مع يمينه وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله منذ اشهر لا يدل على عدم
الحول فكيف عبر عنه بقوله فمن انكر تمام الحول والثاني ان الزكوة عبادة خالصة فكانت
بمنزلة الصوم والصلوة لا يشترط للتصديق فيهما التحليف واجيب عن الاول بان الاشهر
على العشرة فما دونها لكونها جمع قلة والاصل في الكلام الحقيقة وعن الثاني بانها وان كانت
عبادة لكن تعلق بها حق العاشر في الاخذ وحق الفقير في الانتفاع به فالعاشر يدعي ذلك بدعوى
عليه معنى لو اقر به لزمه فيستحلف لرجاء النكول كما في ساير الدعاوى بخلاف الصوم والصلوة
فانه لم يتعلق بهما حق العبد ولا يلزم حد القذف فانه لا يستحلف فيه اذا انكر وان تعلق به حق العبد

لان القضاء بالنكول في الحد متعذر على ما عرف. وقوله وكذا اذا قال اديتها الى عاشر
آخر ظاهر. وقوله ثم قيل الزكوة هو الاول بناء على ما لاصحابنا من الطريقين في هذه المسئلة
احدهما انه اذا كان صادقا فيما قال يبرا فيما بينه وبين الله تعالى والثاني انه لا يبرا فمن اختار
الطريق الاول قال الزكوة هو الاول كما لو خفي على الساعي مكان ماله فادى صاحب المال زكوته
وقع زكوة والثاني سياسة مالية زجرا لغيره عن الاقدام عما ليس اليه ومن اختار الثاني قال
الزكوة هو الثاني والاول ينقلب نفلا كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى الى الجمعة فاداها
وهو الذي اختاره المصنف وقال هو الصحيح احترازا عن القول الاول ووجه الصحة انه لما ثبت ولاية
الاخذ للسلطان شرعا في الاموال الظاهرة كان اداء رب المال لغوا كما لو ادى الجزية الى
المقاتلة بنفسه. وقوله لم يشترط اخراج البراءة اي العلامة وهي اسم لخط الابراء من
برا من الدين والعيب براءة والجمع براءات وبراوات عامي كذا في المغرب. وقوله فيجب ابرازها
اي اظهار العلامة كمن ادعى على آخر شجة او قطعا فانه يجب عليه ابراز علامتهما وجه الاول وهو
رواية الجامع ان الخط يشبه الخط فلا يمكن جعله حكما فلم يعتبر علامة قال في المبسوط والجامع الصغير
للامام التمرتاشي هو الصحيح ثم على قول من يقول باشتراط العلامة هل يشترط معها اليمين
قال الامام التمرتاشي ان لم يحلف لم يصدق وعند ابي حنيفة رحمه الله يصدق وعندهما قيل في كلام
المصنف نظر وهو انه قال ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة ولا شك انه في السوائم يصدق
في ثلثة فصول وفي اموال التجارة في اربعة كما تقدم فينبغي ان يشترط اخراج البراءة في الجميع ولا
يتصور ذلك فيما اذا قال على دين او اصبته منذ اشهر او اديتها الى الفقراء في المصر وانما يتصور
ذلك في صورة واحدة وهو ان يقول اديته الى عاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر واجيب
بانه ذكر العام واراد الخاص اي الصورة المذكورة مجازا. وقوله فيراعى تلك الشرائط تحقيقا
للتضعيف يعني ان تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان المضعف على اوصاف المضعف عليه والا كان
بدلا لا تضعيفا. وقوله ولا يصدق الحربي يعني في الفصول كلها الا في الجواري يقول هن امهات
اولادي او غلمان معه يقول هم اولادي لان الاخذ منهم بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج
اليها وانما لم يصدق في شيء من الفصول لعدم الفائدة في تصديقه لانه لو قال لم يتم الحول على مالي
ففي الاخذ منه لا يعتبر الحول لان اعتبار الحول لتمام الحماية ليحصل النماء والحماية للحربي تتم بنفس الامان
اذ لو لم يكن الامان صار سببا مع امواله ولو قال علي دين فالدين الذي وجب عليه في دار الحرب لا
يطالب به في دارنا وان قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا امان وان قال ليس للتجارة يكذبه
الظاهر لانه لا يتكلف للنقل الى غير داره ما لم يكن لها وان قال اديتها الى عاشر آخر لم يلتفت اليه
لان المأخوذ منه اجرة الحماية وقد وجدت بنفس الامان كما مر آنفا ولو قال اديتها انا كذبه اعتقاده
غير ان اقراره بنسب من في يده صحيح لانه كونه حربيا لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الاسلام
يثبت في دار الحرب وبه يخرج من ان يكون محلا للاخذ لا يكون الامن المال المملوك به. قال ويؤخذ
من المسلم ربع العشر روى الشيخ ابو الحسن القدوري في شرح مختصر الكرخي ان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي
العشر وكان هذا بمحضر الصحابة من غير خلاف فكان اجماعا والمعنى الفقهي فيه ما قال ان ما يؤخذ من المسلم
ربع العشر لقوله صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشور اموالكم من كل اربعين درهما درهم وانما ثبت ولاية
الاخذ للعاشر لحاجته الى الحماية وحاجة الى الحماية اكثر لان تطمع اللصوص في اموال اهل الذمة اوفر فاخذ

منه ضعف ما ناخذ من المسلم كما في صدقة بني تغلب. ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي
من المسلم الا ترى ان شهادة اهل الحرب على اهل الذمة غير مقبولة كما لا تقبل شهادة
الذمي على المسلم وشهادة اهل الذمة على اهل الحرب ولهم مقبولة كشهادة المسلم على الذمي
ثم الذمي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فكذلك الحربي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ
من الذمي تنبيها بالاخذ لا تضعيفا وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا
يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة اليه اشار عمر رضي الله عنه لما سئل
حين نصب العشار فقيل فكم ناخذ مما مر به الحربي فقال كم ياخذون منا فقالوا العشر
فقال خذوا منهم العشر ولسنا نعني بقولنا بطريق المجازاة ان اخذنا بمقابلة اخذهم اموالنا
فان اخذهم اموالنا ظلم واخذنا اموالهم حق ولكن المقصود انا اذا عاملناهم بمثل ما يعاملوننا
كان ذلك اقرب الى مقصود الامان واتصال التجارات لا يقال في كلام المصنف تناف لانه قال
قبل هذا لان الاخذ منه بطريق الحماية وقال هاهنا لان الاخذ منهم بطريق المجازاة واذا كان
الاخذ معلولا للاخذ هما لا يكون معلولا لغيره لئلا يتوارد علتان على معلول واحد بالشخص لانا نقول
الاخذ منهم معلول للحماية واما المقدار المعين وهو العشر فمعلول للمجازاة ولا تنافي في ذلك
وقوله بخلاف المسلم الى آخره واضح. وقوله فان اعياكم فالعشر يقول عييت بامري اذا لم تهتد
لوجهته واعياني هو وقيل هو ماخوذ من العي وهو العجز فان اعياكم اي عجزكم يعني اشتبه الحال
بان لم يعلم العاشر ما ياخذون من تجارنا يؤخذ منه العشر. وقوله لانه غدر اي لو نوقع نقض
الحماية والغدر حرام قال صلى الله عليه وسلم وفاء لا غدر. وهو قول بعض المشايخ وقال بعضهم
يؤخذ منه جميع ما في يده الا قدر ما يبلغه مامنه لانا مامورون بتبليغه الى مامنه لقوله تعالى ثم ابلغه
مامنه وقال بعضهم يؤخذ منه الكل لان الاخذ بطريق المجازاة فنجازيهم بصنيعهم لينزجروا
وقوله وان مر الحربي على عاشر الى آخره حاصله ان العشر انما يتكرر فيما يمر به بكمال الحول او تجديد
العهد بالرجوع الى دار الحرب ثم يمر على العاشر وان كان في يومه ذلك فاذا لم يوجد شيء منهما
لم يعشره ثانيا لما روي ان نصرانيا مر بفرس له على عاشر عمر رضي الله عنه فعشره ثم مر به ثانيا
فهم ان يعشره فقال النصراني كلما مررت بك تعشرني اذا يذهب فرسي كله فترك الفرس عليه
وذهب الى عمر فلما دخل المدينة اتى المسجد فوضع يده على عتبة الباب فقال يا امير المؤمنين انا
الشيخ النصراني فقال امير المؤمنين انا الشيخ الحنيفي فقص النصراني القصة فقال عمر رضي الله عنه
اتاك الغوث فكتب رسالة ورجع الى ما كان فيه فنظر النصراني انه استحق بطلا فسه ورجع كاطب
فلما انتهى الى فرسه وجد كتاب عمر قد سبقه ان كنت اخذت العشر مرة فلا تاخذ مرة اخرى فقال
النصراني ان دينا يكون عدله هذا العدل فيه هذه الصدقة لحقيق ان يكون حقا فاسلم. وفي كلام المصنف
تسامح نظر لانه قال يتجدد بعده الحول ثم قال لانه لا يمكن من المقام الا حولا والمراد به الاقرار بتمام الحول
لانه لا يمكن من الاقامة حولا كاملا ولا يجب بانه جزاء ذلك بقوله حتى يتجدد الحول اذا لم يعلم الامام
بحاله حتى يحول الحول فانه ياخذ ثانيا. قال فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير
اذا مر الذمي على العاشر بخمر او خنزير للتجارة وتبلغ القيمة مائتي درهم فعليه اربعة اقوال ذكره
في الكتاب وانما فسر بقوله اي من قيمتها احترازا عن قوله من عينها وقد رحمه الله انه يقول بعشر
عينها ولو نقلنا لظاهرها فهو فان الشافعي يقول هم منه انه لا يعشر عين الخمر والمسلم ممنوع عن اقتنائها
ثمرات الشافعي رحمه الله مر على اصله بانه لا مالية لها ولا قيمة لو احدهما حتى لو اتلف المسلم خمر الذمي

او خنزيره لم يضمن عنده وزفر رحمه الله سوى بينهما لاستوائهما في المالية عندهم فان الحكم
اذا اتلف خنزير الذمي ضمن قيمته كما لو اتلف خمره وابو يوسف اعتبر التبعية فجعل الخنزير تابعا للخمر
لان الخمر اقرب الى المالية بواسطة التخليل فقد يثبت الحكم تبعا وان لم يثبت مقصودا ووجه
الفرق على ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب من الوجهين وهو ظاهر وقد اعترض على كل واحد منهما
اما على الاول فبانه منقوض بما ذكر في الشفعة من هذا الكتاب فقال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او
خنزير وشفيعها ذمي اخذها بالمثل وان كان شفيعها مسلما اخذ بقيمة الخمر والخنزير فلو كان لقيمة
الخنزير حكمه لما اخذ بقيمته كما لا ياخذها بعينه وبمسئلة الغصب والاتلاف فان المسلم اذا اتلف
خنزير الذمي يضمن قيمته فلو كان لها حكم العين لما ضمنها كما لا يضمن بعينه واما على الثاني فبان المسلم
او الذمي اذا غصب خنزير ذمي وتخاصما الى القاضي يامر القاضي بالرد والتسليم وذلك حماية له واجيب
عن الاول بان قيمة ذوات القيم بمنزلة عينها من وجه دون وجه لانها ليست بمنزلة عينها
من حيث الحقيقة وبمنزلتها من حيث ان الاداء لا يمكن الا بالتعيين ولا تعيين الا بالتقويم فاخذت
القيمة حكم العين من هذا الوجه ولهذا اذا تزوج الذمي امراة على خنزير بعينه ثم اتاها بالقيمة
اجبرت على قبولها كما لو اتاها بعينه فلما دارت القيمة بين ان تكون بمنزلة العين وبين ان لا تكون اعطيت
حكم العين في حق الاخذ والحماية وهو في باب الزكوة ولم تعط في حق الاعطاء لانه موضع ازالة وتبعيد
وهو في باب الشفعة والاتلاف وبنوقض بالذمي اخذ قيمة خنزير له استهلكه ذمي وقضى بها دينا عليه
لمسلم فانه جائز ولو كان اخذ القيمة كاخذ العين لما جاز القضاء واجيب بانه لما قضى بها دينا عليه
وقعت المعاوضة بينه وبين صاحب الدين وعند ذلك يختلف السبب واختلاف الاسباب ينزل
منزلة اختلاف الاعيان على ما عرف وعن الثاني بان المراد ان من ليس له ولاية حماية خنزير نفسه ليس
له ولاية حماية خنزير غيره لغرض يستوفيه والعاشر لو حماه حماه لنفسه بخلاف القاضي (قوله) ولو
مر صبي او امراة ظاهر وقوله ومن مر على العاشر بمائة يعني سواء كان مسلما او ذميا وقوله لانه
غير ماذون باداء زكوته يعني هو ماذون بالتجارة فقط فلو اخذ اخذ غير الزكوة وليس له اخذ شيء
سوى الزكوة وقوله ولا نائب عنه اي انما هو نائب في التجارة لا غير والنائب يقتصر ولايته على ما فوض
اليه فكان بمنزلة المستبضع (قوله) ولو مر عبد ماذون له بمائتي درهم ظاهر والصحيح ان الرجوع في
المضارب رجوع في العبد الماذون كذا قال الامامان فخر الاسلام وصاحب الايضاح (قوله) الا اذا
كان على العبد دين يحيط بماله فانه لا يوخذ منه سواء كان معه مولاه او لم يكن لانعدام الملك يعني عند
ابي حنيفة او للشغل اي عندهما فان الشغل بالدين مانع عن وجوب الزكوة (قوله) ومن مر على عاشر
الخوارج واضح

باب المعادن والركاز

اخر باب المعادن عن العاشر
لان العشر اكثر وجودا او المال المستخرج من الارض له اسام ثلاثة الكنز والمعدن والركاز والكنز
اسم لما دفنه بنو ادم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت الارض والركاز
اسم لهما جميعا والكنز ماخوذ من كنز المال اذا جمعه والمعدن من عدن بالمكان اذا قام به
والركاز من ركز الرمح اي غرزه وعلى هذا جاز اطلاقه عليهما جميعا لان كل واحد منهما مركوز في الارض
اي مثبت وان اختلف الراكز وعلى كل واحد منهما بانفراده والمراد بالمذكور في لقب الباب الكنز لمعنيين
احدهما ان هذا الباب يشتمل على بيان المعادن والكنوز على ما يجيء والثاني انه لو اريد به المعدن لزم
التكرار ولانه يكون تقدير كلامه باب في المعادن والمعادن وان اريد المعادن والكنز كان تقدير كلامه
باب في المعادن والمعادن والكنز (قال) معدن ذهب او فضة المستخرج من المعدن

انواع ثلثة جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر وجامد
لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ ومائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط ومسائل
هذا الباب على خمسة عشر وجها لان الذهب والفضة الذي يوجد اما ان يكون معدنا
او كنزا وكل ذلك لا يخلو اما ان يوجد في حيز دار الاسلام او حيز دار الحرب وكل ذلك لا يخلو
عن ثلاثة اوجه اما ان يوجد في مفازة لا مالك لها او في ارض مملوكة او دار والموجود كنزا لا يخلو
عن ثلثة اوجه ايضا اما ان يكون على ضرب اهل الاسلام او على ضرب اهل الجاهلية او اشتبه
الحال ففي الاول وهو ما يذوب وينطبع اذا وجد في ارض عشر او خراج الخمس عندنا وقال الشافعي
رحمه الله لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه وكل ما هو كذلك لا شيء عليه كالصيد الا انه
اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب فيه الزكوة وهو ربع العشر ولا يشترط فيه الحول في
قول لما ذكر انه نماء كله والحول للتنمية والنصاب عنده معتبر فلو كان دون المائتين من
الفضة لا يجب شيء وانما قال في جانب الشافعي رحمه الله ولا يشترط فيه الحول ولم يقل في جانبنا
لان الشافعي قائل بالزكوة فكان عليه ان يقول باشتراط الحول فنفاه بما ذكر من الدليل ونحن نقول
بالخمس والحول لا يشترط له ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس فانه حين سئل عليه الصلاة
والسلام عما يوجد في الخرب العادي وعطف على المسئول عنه فقال فيه وفي الركاز الخمس عطف
على المدفون وذلك يدل على ان المراد بالركاز المعدن فانه من الركز وهو ينطلق على المعدن ايضا كما
تقدم ولانها اي الارض كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا وهو واضح وكل ما كان كذلك كان
غنيمة وهو ايضا واضح وفي الغنيمة الخمس بالنص وقوله بخلاف الصيد جواب عن قوله كالصيد
فان قيل لو كانت غنيمة لكان الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل واربعة الاخماس للغانمين وليس كذلك
اجاب بقوله الا ان للغانمين يدا حكمية وتحقيقه ان الغانمين انما يستحقون اربعة الاخماس
اذا حوت ايديهم حقيقة وحكما وههنا يدهم حكمية لانه لما ثبتت ايديهم على ظاهر الارض حقيقة
ثبتت على باطنها حكما واما الحقيقية فللواجد فكان ما في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة فاعتبرنا الحكمية
في حق الخمس والحقيقية في اربعة الاخماس حتى كانت للواجد مسلما كان او ذميا حرا او عبدا صبيا
او بالغا رجلا او امراة لان استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة والجميع من ذكرنا حق في الغنيمة
اما سهما او رضخا فان الصبي والمراة والعبد والذمي يرضخ لهم اذا قاتلوا على ما سيجيء بخلاف الحربي
فانه لا حظ له في الغنيمة وان قاتل باذن الامام فاذا وجد شيئا من الركاز يوخذ منه الكل فان
قيل روي ان عبدا وجد جرة من ذهب على عهد عمر رضي الله عنه فادى ثمنه واعتقه وجعل
ما بقي لبيت المال اجيب بانه كان وجد في دار رجل فصار مخططه مات ولم يترك وارثا فصرفه
الى بيت المال وراى المصلحة في ان يعطى ثمنه من بيت المال ليوصله الى العتق قال في التحفة ويجوز
للواجد ان يصرف الخمس الى نفسه اذا كان محتاجا لا يغنيه اربعة الاخماس وهو حق ذكره صاحب
النهاية ما يشير الى خلاف ذلك (قال) ولو وجد في داره اذا وجد الانسان في داره
معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقالا فيه الخمس لهما اطلاق قوله عليه الصلوة والسلام وفي
الركاز الخمس من غير فصل بين الارض والدار ودليل ابي حنيفة رحمه الله ظاهر واعترض
بانه لو كان من اجزائها جاز التيمم به ولم يجز بالاجماع واجيب بان التيمم يجوز بما هو من جنس
الارض لا من اجزائها خلقة وهذا ليس من جنسها والجواب عن الحديث ان الامام لما خصه بهبة الله
فكانه نفله اياه وللامام هذه الولاية وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية

الأصل لا شيء فيه كما في الدار في رواية الجامع الصغير وفيه الخمس والفرق ما ذكره في الكتاب قوله
وان وجد ركازا أي كنزا انما فسره بهذا لان الركاز اسم مشترك يطلق على المعدن والكنز وقد فرغ
من بيان المعدن ويراد به الكنز ليصح قوله وجب الخمس عندهم فان وجوب الخمس بالاتفاق انما هو في
الكنز لا في المعدن لان ابا حنيفة رحمه الله لا يقول بوجوبه في الدار كما ذكرنا وقوله لما روينا اشارة
الى قوله وفي الركاز الخمس فان قيل قد استدل به على وجوب الخمس في المعدن فاستدلاله به ههنا
استعمال اللفظ المشترك في معنييه وهو غير جائز اجاب بقوله واسم الركاز يطلق على الكنز لمعنى
الركز فيه وهو الاثبات ومعناه انه ليس من باب استعمال اللفظ المشترك في مدلوليه وانما هو من
باب العموم المعنوي ولا امتناع في ذلك وبهذا اسقط ما قيل كان من حقه ان يقول لسياق ما روينا
وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه وفي الركاز الخمس والمراد من قوله فيه الكنز فكان ذكر الكنز مقصودا
هناك فكان التمسك به اولى كما تمسك به في المبسوط اذ دلالة الركاز على ما ادعى المصنف من الكنز بسبب
دلالة الركاز على الاثبات لا غير وهو اسم مشترك قد يطلق على الكنز وقد يطلق على المعدن فكان محتملا
كالنص واما ارادة الكنز لسياق الحديث وهو فيما تمسك به في المبسوط فدليل غير محتمل فكان مفسرا فالتمسك
به اولى وذلك لانه استدلال بالعام على ما قرر لا بالمشترك والعام والخاص عندنا في ايجاب الحكم
سواء ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليها كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة يعرفها حتى
وجدها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما سيجيء وان كان على ضرب
اهل الجاهلية كالمنقوش عليها الصنم ففيه الخمس على كل حال اي سواء كان الموجود ذهبا او فضة او رصاصا
او غيرها وسواء كان الواجد صغيرا او بالغا حرا او عبدا مسلما او ذميا الا اذا كان حربيا مستامنا كما ذكرنا
وقوله لما بينا يعني من النص والمعقول ثم ان وجده في ارض مباحة يعني الذي هو على ضرب الجاهلية فان الذي
يكون بضرب اهل الاسلام ملحق باللقطة فلا يتاتى فيه هذا التفريع وهو ان يكون اربعة اخماسه للواجد
وقوله لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين اشارة الى ما ذكرنا ان للغانمين يدا حكمية وللواجد يدا
حقيقية فيكون فيه الخمس والباقي للواجد وان وجده اي هذا الكنز المذكور في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي
يوسف اي الخمس للفقراء واربعة اخماسه للواجد مالكا كان او غيره مالكا لان الاستحقاق بتمام الحيازة
وهي منه لان المختط له ما حازها في الباطن وعند ابي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه
البقعة اول الفتح لسبق يده اليه فان قيل يد المختط وان كانت سابقة لكنها يد حكمية وانها لا تملك كما في
الغانمين اجاب بقوله وهي يد الخصوص يعني ان اليد الحكمية انما لا يثبت بها الملك اذا كانت يد عموم كما في
الغانمين اما اذا كانت يد خصوص فيملك بها ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها
درة ملك الدرة وربما يؤيد هذا ان تصرف الغازي بعد القسمة نافذ وقبلها لا وما ذاك الا عموم اليد
وخصوصها فان قيل سلمنا ان المختط له قد ملك لكن باع الارض فخرج الكنز عن ملكه كما لو كان فيها معدن اجاب
بانه اي الكنز لم يخرج عن ملكه ببيع الارض لانه مودع فيها كما انه اذا باع السمكة لم تخرج ببيعها الدرة عن ملكه
بخلاف المعدن لانه من اجزائه فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف له في
الاسلام على ما قالوا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال ابو اليسر يوضع في بيت المال قوله ولو اشتبه
الضرب ظاهر **فصل** ومن دخل دار الحرب بامان ه ومن دخل دار الحرب بامان فوجد
في دار بعضهم ركازا سواء كان معدنا او كنزا رده عليهم تحرزا عن الغدر قال صلى الله عليه وسلم في العهود
وفاء لا غدر ولان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء اي التي في دار الحرب وليست
مملوكة لاحد فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه اي لا خمس فيه لان الخمس انما يجب

فيما يكون

فيما يكون في معنى الغنيمة وهي فيما كان في يد اهل الحرب ووقع في ايدي المسلمين بايجاف الخيل
والركاب وهذا ليس كذلك لانه بمنزلة المتلصص في دار الحرب اذا اخذ شيئا من اموالهم
واحرزه بدار الاسلام فان قيل المستامن منا في دارهم اذا وجد في ارض ليست بمملوكة ركازا
فهو له والمستامن منهم في دارنا لو وجد شيئا من ذلك في الصحراء لا حق له فيه ويؤخذ منه كله فما
الفرق بينهما اجيب بان الفرق بان دار الاسلام دار احكام فتعتبر اليد الحكمية فيها على الموجود
ودار الحرب ليست كذلك فالمعتبر فيها اليد الحقيقية والفرض عدمها قوله وليس في
الفيروزج يوجد في الجبال هو النوع الثاني من المستخرج من المعادن وكذلك الجص والكحل
والزرنيخ والياقوت وغيرها وقيد بقوله يوجد في الجبال احترازا عما يوجد منه ومما ذكره
لغلة من الزيبق واللؤلؤ في خزائن الكفار فاصيب قهرا فان فيه الخمس بالاتفاق وقوله صلى الله
عليه وسلم لا خمس في الحجر معلوم انه لم يرد به ما كان للتجارة وانما اراد ما يستخرج من معدنه فكان
اصلا في كل ما هو بمعناه وقوله وفي الزيبق الخمس قيل هو فارسي معرب عرب بالهمز ومنهم من يقول
بكسر الباء بعد الهمزة والمراد به ما يصاب في معدنه لما ذكرنا انفا حكي عن ابي يوسف ان ابا
حنيفة رحمه الله كان يقول اولا لا شيء فيه وكنت اقول فيه الخمس فلم ازل اناظره واقول انه كالرصاص
حتى قال فيه الخمس ثم رايت ان لا شيء فيه فصار الحاصل انه على قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف
الاول وهو قول محمد فيه الخمس وعلى قول ابي يوسف الاخر وهو قول ابي حنيفة الاول لا شيء فيه
قال لانه بمنزلة القير والنفط يعني هو من جملة المياه ولا خمس في الماء وقالا لانه يستخرج بالعلاج
من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فانها لا تنطبع ما لم يخالطها شيء وهذا هو النوع
الثالث مما ذكرنا في اول هذا الباب ولا خمس في العنبر واللؤلؤ عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من العنبر وروي ان
يعلى ابن امية كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه يسأله عن عنبرة وجدت على الساحل فكتب اليه في جوابه
انه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره يصلح حجة في العنبر لا في اللؤلؤ
ولم يذكر في الكتاب بحثه في اللؤلؤ وذكر في الفوائد الظهيرية ان السؤال عن عمر كان عنهما جميعا فانه
سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر قال فيهما الخمس واقول الذي يظهر من كلام المصنف انه
اراد به الاستدلال على اللؤلؤ بالدلالة لانه قال وفي كل حلية تخرج من البحر واستدل على المجموع
بالعنبر لانه يخرج من البحر وفيه الخمس فكذا كل ما يستخرج منه دفعا للتحكم ولهما ان قعر البحر لم يرد
عليه القهر ومعناه ان الخمس انما يجب فيما كان في ايدي الكفرة وقد وقع بايدي المسلمين بايجاف الخيل
والركاب والعنبر ليس كذلك لانه لم يكن في يد احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره وعن هذا قالوا لو وجد
الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب فيه شيء قوله والمروي عن عمر جواب عن الاستدلال لابي يوسف
ووجهه انه كان فيما دسره البحر اي دفعه وقذفه وبه اي بوجوب الخمس في العنبر الذي دسره البحر
نقول ومراده دسره البحر الذي في دار الحرب فوجده الجيش على ساحله فاخذوه فانه غنيمة يجب
فيه الخمس وانما قلنا ذلك لانه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال في العنبر انه شيء دسره البحر
فلا شيء فيه فيحمل على احد المعنيين اما على بحر دار الاسلام واما على انه اخذه واحد من المسلمين في بحر دار
الحرب لانه بمنزلة المتلصص لا خمس فيهما قوله متاع وجد ركازا اي حال كونه ركازا والمراد
بالمتاع ما يتمتع به في البيت من الرصاص والنحاس وغيرهما قيل المراد به الثياب لانه يستمتع بها وذكر
هذا البيان ان وجوب الخمس لا يتفاوت فيما بين ان يكون الركاز من النقدين او غيرهما وكلامه واضح

والله تعالى اعلم

باب زكوة الزروع والثمار

سمي العشر زكوة كما سمي المصدق فيما نقل م عاشرا اعتبارا او باخبر العشر عن الزكوة لانها عبادة محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والعبادات الخالصة مقدمة على غيرها قال ابو حنيفة رحمه الله في كل ما ينبته الارض ويبتغى به النماء قليلا كان او كثيرا رطبا كان او يابسا يبقى من سنة الى سنة اولا يبقى او لا يسقى سيحا اي بماء جار او سقته السماء اي المطر العشر الا الحطب والقصب والحشيش والتبن والسعف وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية يبقى من سنة الى سنة اذا بلغ خمسة اوسق كل وسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم قيد بالثمرة وهي اسم لشيء من اصل وقيد بالباقية احترازا عن غيرها وحد البقاء ان يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة والشعير والذرة وغيرها دون الخوخ والتفاح والسفرجل ونحوها وقيد بما بلغ خمسة اوسق احترازا عما اذا كان دونها والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة اوسق الف ومائتا من لان كل صاع اربعة امنا قال شمس الائمة الحلواني هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة الوسق ثلثمائة من وليس في الخضراوات كالفواكه والبقول عشر عندهما لان البقول ليست بثمرة والفواكه لا بقاء لها سنة الا بمعالجة كثيرة فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء ولم يتعرض لكونه ثمرة لان البقول دخلت في اشتراط البقاء لهما في الاول اي في اشتراط النصاب قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة اي عشر لان زكوة التجارة تجب فيما دون خمسة اوسق اذا بلغت قيمته مائتي درهم ولانه صدقة بدليل تعلقه بنماء الارض وعدم وجوبه على الكافر وصرفه الى مصارف الصدقات وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما رواه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما فيكون قيمة خمسة اوسق مائتي درهم وهو نصاب الزكوة قيل العشر فيه معنى العبادة كما ذكرتم فيكون لما بينه عفو ونصاب قياسا على الزكوة والجواب انه فاسد لانه قياس ما فيه العبادة مع كونه منصوصا عليه على العبادة المحضة وهو ظاهر الفساد وقوله ولا معتبر بالمالك فيه اي في العشر جواب عن قوله يشترط النصاب يعني لنا الغناء صفة المالك والمالك في باب العشر غير معتبر حتى يجب في ارض المكاتب والصبي والمجنون والاراضي الموقوفة على الرباطات والمساجد فكيف بصفته وهو الغناء ولهذا لا يشترط الحول لاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الخضراوات صدقة ووجه الاستدلال انه عليه الصلاة والسلام نفى الصدقة عن الخضراوات ومنه ليس الزكوة منفية بالاتفاق فيتعين العشر وله ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم ما اخرجت الارض ففيه العشر ومرويهما وهو ليس في الخضراوات صدقة محمول على صدقة ياخذها العاشر يعني اذا مر بالخضراوات على العاشر واراد العاشر ان ياخذها من عينها لاجل الفقراء عند اباء المالك عن دفع القيمة لا ياخذ وبه اي بهذا المروي اخذ ابو حنيفة في حق هذا المحل الذي حملناه عليه وانما قلنا لاجل الفقراء لانه لو اخذ من عينها ليصرف الى عمالته جاز وانما قلنا عند اباء المالك عن دفع القيمة لانه اذا اعطاها القيمة لا كلام في جواز الاخذ وهذا لان الاخذ يثبت نظرا للفقراء ولا نظر هاهنا لان العاشر في الاغلب يكون نائيا عن البلد ولا يجد فقيرا ثمة يصرفه اليه فيحتاج الى ان يبعث بها الى البلد وربما يفسد قبل الوصول الى الفقراء فيودي الى الضرر فلا ياخذ بل يؤدي به بنفسه والذي يقطع هذه المادة ان العام المتفق عليه ولو في بعض

موجبه

موجبه اولى من الخاص المختلف فيه وقد اتفقوا على العمل بما رواه ابو حنيفة في مقدار خمسة اوسق ولم يعمل بما رواه ابو حنيفة وانما حمله على محل اخر وعمل به فيه وابو حنيفة اخذ هذا الاصل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فانه عمل بالعام المتفق عليه حين اراد اجلاء اليهود وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب واجلاهم ولم يلتفت الى ما اعترضوا به عليه من قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون كذا نقله شيخي عن شيخ شيخه رحمهم الله وقوله ولان الارض قد تستنمي دليل معقول على مدعاه وتقريره السبب هي الارض النامية والارض النامية قد تستنمي بما لا يبقى فلو لم يجب العشر فيما لا يبقى لكان قد وجد السبب والخارج بلا شيء وذلك اخلاء السبب عن الحكم في موضع يحتاط في اثبات ذلك الحكم وهو لا يجوز ولهذا اي يجب فيه اي فيما لا يبقى من الخارج كالخضراوات او في الارض النامية بالخارج الذي لا يبقى على تاويل المكان وقوله اما الحطب بيان لما استثناه ابو حنيفة مما اخرجته الارض وقوله وفي الجنان اي في البساتين وبيانه ان الحطب والقصب والحشيش ونحوها لا يستنمي به الارض فلا عشر فيها لان سببه وجوب العشر الارض النامية وهذه الاشياء تنفى عنها البساتين لانها اذا غلبت على الارض افسدتها فلا يحصل بها النماء حتى لو اتخذ الارض مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش واراد به الاستنماء بقطع ذلك وبيعه كان فيها العشر وقوله والمراد بالمذكور القصب الفارسي القصب كل نبات كان ساقه انابيب وكعوبا والكعب العقدة والانبوب ما بين الكعبين وانواع القصب الفارسي وهو ما يتخذ منه الاقلام وقصب الذريرة وهو نوع منه متقارب العقد وانبوبه مملو من مثل نسج العنكبوت وفي مضغه حرافة ومسحوقه عطر يؤتى به من الهند واجوده الياقوتي اللون وقصب السكر والمستثنى منها القصب الفارسي واما الاخران ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف وهو دون الجريد الذي يتخذ منه المراوح والتبن لان المقصود الحب والتمر دونهما فان قيل ينبغي ان يجب العشر في التبن لانه كان واجبا وقت كون الزرع قصيلا فانا لا نكرر ذات فيه البتة وبها لا تتغير قلنا انما لا يجب العشر في التبن لان العشر كان واجبا قبل ادراك الزرع في الساق حتى لو قصله وجب العشر في القصيل فاذا ادرك تحول العشر من الساق الى الحب كالحول الجزاء من المكان عند الانتقال الى الخارج عنه الخروج قال وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر الغرب الدلو العظيم والدالية المنجنون يديرها البقر وذكر في المغرب ان الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز في راسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية الناقة التي يستقى عليها وقوله فيه نصف العشر على القولين اي على حسب اختلاف قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ومحمد يجب عنده نصف العشر من غير شرط النصاب والبقاء وعندهما ايضا يجب نصف العشر لكن بشرط النصاب والبقاء كما بينا وما ذكر من الدليل ظاهر قال شمس الائمة السرخسي علل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وبكثرتها فيما سقي بغرب او دالية وهذا ليس بقوي فان الشرع اوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها اكثر منها في الزراعة ولكن هذا تقدير شرعي فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليها وقوله وان سقي سيحا وبدالية واضح واعلم ان الدالية بالدال ان الشرح اسم لما دون الدالية فانت الدالية اله الاستقاء فلا يصح ان يقال سقي بدالية لانه بل هي الة السقي كذا في النهاية وقوله قال ابو يوسف قيل انما ابتدأ القول لابي يوسف لانه لا يرد الاشكال على قول

اي حنيفة فانه يقول بالعشر في القليل والكثير وهما ابتنيا الحكم على قوله وهما في المنصوص
عليه وهو ما يدخل تحت الوسق فيحتاج الى البيان فيما لا يوسق وقوله لان التقدير بالوسق
كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به نوعه لانه يقدر اولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق
اقصى ما يقدر به من نوعه واقصى ما يقدر به في القطن الحمل لانه يقدر اولا بالاساتير ثم بالامنا
ثم بالحمل فكان الحمل اعلى ما يقدر به وفي الزعفران المن لانه يقدر اولا بالسنجات ثم بالاساتير ثم
بالمن وقوله وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقيده بارض العشر لانه اذا اخذ من ارض
الخراج فلا شيء فيه لا عشر ولا خراج كما نبين وقوله فاشبه الابريسم الذي يكون من دود القز
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام يعني به ما روى ابو سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنهما ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن ان في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار قال
الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما وقوله ثم عند ابي حنيفة ظاهر
وقوله حديث بني شبابة وفي بعض النسخ بني سيارة وهو ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله
عنه ان بني شبابة قوما من جرهم وقال في المغرب من خثعم كانت لهم نحل عسل كانوا يؤدون الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب قربة وكان يحمي لهم واديهم فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه استعمل عليهم
سفيان بن عبد الله الثقفي رضي الله عنه فابوا ان يعطوه شيئا فكتب في ذلك الى عمر فكتب اليه عمر رضي
الله عنه ان النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من شاء فان ادوا اليك ما كانوا يؤدونه
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم واديهم والا فخل بينهم وبين الناس فدفعوا اليه العشر
والقربة خمسون رطلا وقوله كل فرق ستة وثلاثون رطلا الفرق بفتحتين مكيال يسع ستة عشر
رطلا وذلك ثلاثة اصوع نقله صاحب المغرب في التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد وقال الازهري
والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك وفي الصحاح الفرق مكيال معروف بالمدينة وهو ستة
عشر رطلا وقال وقد يحرك ثم قال المطرزي قلت وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله الفرق ستة
وثلاثون رطلا ولم اجد هذا فيما عندي من اصول اللغة وقوله وكذا في قصب السكر اي الخلاف بين ابي يوسف
ومحمد في قصب السكر كما هو في القطن والزعفران فيعتبر عند ابي يوسف بقيمة خمسة اوسق وعند محمد بخمسة
امنا وقوله وما يوجد في الجبال ظاهر وقوله لان المقصود حاصل وهو الخارج يعني ولا معتبر بكون الارض
غير مملوكة لان العشر يجب على المستعير اذا زرع وان لم يكن الارض مملوكة له لما ان الخارج سلم له من غير عوض
فكذا هذا قال وكل شيء اخرجته الارض مما فيه الواجب العشري عشرا كان او نصفه لا يرفع المؤنة
من العشر مثل اجر العمال والبقر وكري الانهار وغير ذلك يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج
الذي بمقابلة المؤنة من حيث القيمة بل يجب العشر في كل الخارج ومن الناس من قال يجب النظر الى قدر قيمة
المؤنة من الخارج فيسلم ذلك القدر بلا عشر ثم يعشر الباقي لان قدر المؤنة بمنزلة السالم له بعوض كانه
اشتراه الا ترى ان من زرع في ارض مغصوبة سلم له من الخارج بقدر ما غرم من نقصان الارض وطاب له
كانه اشتراه ووجه قولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة لانه قال ما سقته
السماء ففيه العشر وما سقي بغرب ففيه نصف العشر فاذا كان كذلك لم يكن لرفعها معنى لان رفعها
يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو باطل وبيانه ان الخارج فيما سقته السماء اذا كان عشرين قفيزا
ففيه العشر قفيزان واذا كان الخارج فيما سقي بغرب اربعين قفيزا والمؤنة تساوي عشرين قفيزا فاذا
رفعت كان الواجب قفيزين فلم يكن تفاوت بين ما سقته السماء وبين ما سقي بغرب والمنصوص خلافه فتبين
ان ما سقي بغرب فيه نصف العشر من غير اعتبار المؤنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح فليتامل فيه كذلك

من حق الكلام

من حق الكلام ان يقول ما فيه العشر او نصف العشر لان الواجب احدهما والجواب ان المراد
الواجب العشري كما اشرنا اليه في صدر الكلام فكان العشر صار علما لذلك سواء كان عشرا
لغويا او نصفه وقوله تغلبي بكسر اللام منسوب الى بني تغلب وقوله عرف ذلك باجماع
الصحابة تقدم بيانه في قضية عمر رضي الله عنه معهم ولا فصل في ذلك بين ان تكون الارض
ملكه في الاصل او اشتراها من مسلم وعن محمد ان فيما اشتراه من المسلم عشرا واحدا لان
الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فتضعيف العشر انما يكون في الاراضي الاصلية التي
وقع الصلح عليها ولهما ان الصلح وقع بيننا وبينهم على ان نضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم
والعشر يؤخذ من المسلم فيضعف عليهم وقوله وان اشتراها يعني الارض التي عليها
العشر المضاعف عن الاصل من التغلبي فيجب على حالها من العشر المضاعف عندهم لجواز
التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر فان الذمي اذا مر على العاشر بمال الزكوة
يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم وقوله وكذلك ان اشتراها منه مسلم يعني يبقى
عشرها مضاعفا عند ابي حنيفة من غير فصل بين التضعيف الاصلي والحادث لان
التضعيف صار وظيفة لها فينتقل الى المسلم بما فيها كالخراج فان المسلم اذا اشترى ارضا
خراجية تبقى كما كانت وكذا اذا اسلم صاحبها وهذا لان بقاء الحكم يستغني عن بقاء العلة
كالرمل في الاضطباع بقي بعد زوال الحاجة الى اظهار الجلد وههنا بحث قررناه في التقرير
فليطلب ثمه وقال ابو يوسف تعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو
الكفر الا ترى ان التغلبي اذا كانت له خمس من الابل السائمة تجب فيها شاتان فان باعها
من مسلم او اسلم يؤخذ منه شاة واحدة والجواب لابي حنيفة ان مال الزكوة قابل للتحول من
وصف الى وصف الا ترى ان مال التجارة يبطل عنه الزكوة بنية القنية والسوائم يبطل عنها
بجعلها علوفة والاراضي ليست كذلك وقوله قال في الكتاب اي في كتاب الزكوة من المبسوط
وهو اي العود الى عشر واحد قول محمد فيما صح عنه قال المصنف رحمه الله اختلفت النسخ
المبسوط في بيان قول محمد انه مع ابي حنيفة او مع ابي يوسف والاصح ان محمدا مع ابي حنيفة في بقاء
التضعيف على المسلم وما اخترنا ظاهر مما قدمنا وقوله ولو كانت تلك الارض لمسلم باعها من
نصراني اي ذمي غير تغلبي وانما فسره به لان لفظ النصراني [illegible] والذمي بينا ولا بين
التغلبي وغيره من النصارى وذكر قبيل هذا انه [illegible] المسلم من التغلبي وكان هذا من غير تغلبي فانه
[illegible] وقبضها [illegible] لانه ملكه [illegible] الارض عليه حتى [illegible] اخذها مسلم بالشفعة
او ردت على البائع بفساد البيع عشرية كما كانت [illegible] وقوله لانه [illegible] بالكافر
احكامه [illegible] لان المأخوذ [illegible] خراج وعشر واحد وعشر مضاعف والعشر المضاعف
يعتمد الصلح والاراضي [illegible] كما في التغلبية [illegible] والعشر الواحد فيه معنى القربة والكافر
ليس من اهلها [illegible] الخراج [illegible] وقوله
اعتبارا بالتغلبي يعني انه كان ماخوذ من المسلم اذا [illegible] عليه كذلك
بني تغلب [illegible] الذي على العاشر وهو [illegible] لانه لا يتغير في الوصف والخراج
واجب اخر وقوله ثم في رواية يصرف مصارف [illegible] وفي رواية مصارف الخراج
وجه الاولى ان حق الفقراء [illegible] الاراضي الخراجية [illegible] وجه الثانية
وهي رواية ابن سماعة ان ما يصرف الى الفقراء هو ما كان لله تعالى بطريق العبادة [illegible]

ليس لهذا الله بمصرف مصارف الخراج وقوله فان اخذها منه مسلم اي ان اخذ الارض
التي باعها المسلم من نصراني من النصراني مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع
فهي عشرية كما كانت اما الاول اي الاخذ بالشفعة فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها
من المسلم ولم يتوسط النصراني واعترض بانه لو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشتري
اذا قبضها منه واجيب بانه انما يرجع عليه لوجود القبض منه كما في الوكيل بالبيع فان المشتري
يرد المبيع بالعيب على الوكيل لا الموكل لحصول القبض حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع ثم وجدها
معيبا يردها عليه دون المشتري واما الثاني اي الرد على البائع لفساد البيع فلانه بالرد
والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم اي البائع لا ينقطع بهذا الشراء فهو الفاسد لكونه
مستحق الرد بفتح الحاء **قال** واذا كانت لمسلم دار خطة دار خطة بكسر فضمه بالاضافة
سماعا ويجوز خطة بالنصب تمييزا كما في عندي راقود خلا والخطة ما خطه الامام بالتمليك عند
فتح دار الحرب والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخل متفرقة واشجار على ما سيجي ووضع هذه
المسئلة لبيان ان الحكم الاصلي للشي يتغير بتغير صفته فانها لو بقيت دارا كما كانت لم يكن فيها شي
سواء كان مالكها مسلما او ذميا فاذا جعلها بستانا وجب عليه العشر ان سقاه بماء العشر والخراج
ان سقاه بماء الخراج لان المونة في مثل هذا ابتداء ومع الماء لان وظيفة الاراضي باعتبار انزالها
وهي انما تكون بالماء واستشكل هذه المسئلة بانها توظيف الخراج على المسلم ابتداء وقد ذكر محمد
في ابواب السير من الزيادات ان المسلم لا يبتدا بتوظيف الخراج واجاب بعض الايمة بان معناه انه لا
يبتدا بتوظيف الخراج عليه اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وههنا وجد منه ذلك وهو السقي بماء
الخراج اذ الخراج يجب جزاء للمقاتلة فيختص وجوبه بما حوته المقاتلة الا ترى ان المسلم اذا
احيى ارضا ميتة باذن الامام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج ومعنى قوله في مثل
هذه الارض التي لم يستقر امرها على عشر او خراج وهو احتراز عما اذا كان لمسلم ارض يسقى
بماء العشر وقد اشتراها ذمي فان ماءها عشري وفيه الخراج **وقوله** وليس على المجوسي
في داره شي قال شيخ الاسلام انما خصه بالذكر لانه قيل لعمر رضي الله عنه ان المجوسي كثير
بالسواد فقال اعياني امر المجوس وفي القوم عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب الحديث فلما سمع عمر
رضي الله عنه بذلك عمل به وامر عماله ان يمسحوا اراضيهم وعامرهم فتوظفوا الخراج على
اراضيهم بقدر الطاقة والريع وعفا عن رقابهم ودورهم وعن رقاب الاشجار فيها فلما ثبت
العفو في حقهم مع كونهم ابعد عن الاسلام ثبت في حق اليهود والنصارى بالطريق الاولى فان
جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاها بماء العشر لتعذر ايجاب العشر عليه اذ فيه معنى
القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وللقائل ان يقول اما ان يكون الاعتبار للماء او لحال
من توضع عليه الوظيفة فان كان الاول وجب عليه العشر وان كان الثاني نقض
هذا قوله لان المونة في مثل هذا تدور مع الماء ووجب على المسلم العشر اذا سقى ارضه
بماء الخراج والجواب ان الاعتبار للماء ولكن قبول المحل شرط وجوب الحكم والكافر ليس بمحل
لايجاب العشر عليه لكونه عبادة فان قيل فكيف كان المسلم محلا لايجاب الخراج وفيه الصغار
والمسلم ليس بمحل له فالجواب انه لا صغار في خراج الاراضي انما هو في خراج الجماجم كذا ذكره
شمس الايمة رحمه الله سلمناه ولكنه ليس بمحل له مطلقا واذا لم يظهر منه صنع يقتضيه والاول

ممنوع والثاني مسلم ولكنه لم يظهر منه ذلك وهو السقي بماء الخراج كما تقدم **وقوله** على
قياس قولهما يعني ما مر ان الذمي اذا اشترى من مسلم ارضا عشرية وجب عنده اي عند ابي يو
سف عشر مضاعف وعند محمد عشر واحد فعلى قياس قولهما هذا اوجب على المجوسي
اذا سقى ارضه بماء العشر عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران والوجه من
الجانبين قد تقدم وكذا الروايتان عن محمد في المصرف **وقوله** ثم الماء العشري بيان للماء العشري
والخراجي وهو ظاهر والانهار التي شقها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ومرو رود وغير
ذلك لان اصل تلك الانهار بمال الخراج فصار ماؤها خراجيا وصارت الارض خراجية تبعا
وجيحون نهر ترمذ بكسر التاء والذال المعجمة وسيحون نهر الترك وهو نهر خجند ودجلة نهر بغداد
والفرات نهر الكوفة قال بعض الشارحين الابار والعيون التي حفرت وظهرت في الارض
العشرية ماؤها عشري اما التي تكون في الارض الخراجية فالماء ايضا خراجي لان الماء ياخذ حكم
الارض لكونه خارجا منها وفيه بحث وهو انه ذكر ان الارض العشرية ما يسقى من ماء العشر
فلو كان ماء العشر من الابار والعيون ما يكون في الارض العشرية ما يسقى من ماء العشر فلو
كان ماء العشر من الابار والعيون ما يكون في الارض العشرية لم يفد شيئا لتوقف احدهما على
الاخر والجواب ان الاراضي العشرية خمسة انواع فارض العرب كلها عشرية وسياتي تحديدها
والثاني كل ارض اسلم اهلها طوعا والثالث الارض التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين والرابع
بستان مسلم كان داره فاتخذه بستانا والخامس الارض الميتة التي احياها مسلم وكانت من توابع
الارض العشرية وما نحن فيه انما يتصور في الرابع والخامس فان المسلم اذا كان له دار في ارض العرب
او في الارض التي اسلم اهلها طوعا او التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستانا وسقى
بماء ابارها او العيون التي فيها وجب العشر واذا كانت الدار لمجوسي والمسالة بحالها فعلى ما ذكر
من اختلافهم في وجوب الخراج او العشر الواحد او المضاعف وعلى هذا اذا احيا مواتا
وقوله لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة اي على تضعيف ما يجب على المسلمين من العبادة
او ما فيه معنى العبادة دون المونة المحضة اي الخالية عن معنى العبادة كالخراج فلم يجب عليه من المسلمين
شي من ذلك وجب على بني تغلب ضعفه وعلى الصبي والمراة اذا كانا من المسلمين العشر فضوعف ذلك
اذا كانا منهم وقوله وليس في عين القير والنفط شي القير هو الزفت والقار لغة فيه والنفط بفتح
النون وكسرها وهو افصح دهن يكون على وجه الماء في العين وكلامه واضح **وقوله** وعليه في ارض
الخراج خراج يجوز ان يكون معناه وعلى عين القير والنفط خراج بان يمسح موضع القير اذا كان
حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة فيكون موضع العين تابعا للارض وهو
اختيار بعض المشايخ ويجوز ان يكون معناه وعلى الرجل في عين القير والنفط في ارض الخراج خراج
يعني في حريمها اذا كان صالحا للزراعة ولا يمسح موضع العين لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية ابن
سماعة عن محمد رحمه الله وهو مختار ابي بكر الرازي لان حريمه في الاصل صالح لها وانما عطله صاحبه
لحاجته وهو تحصيل ما يحصل به فيه ومنهم من قال لا خراج فيها ولا على ما حولها لانها لا تصلح للزراعة
كالارض السبخة وما لا يبلغها الماء وكان المصنف رحمه الله اختار قول ابي بكر الرازي رحمه الله تعالى

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

لما ذكر الزكوة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع احتاج الى بيان من يصرف اليه هذه
الاشيا فشرع في بيانه في هذا الباب والاصل فيه اي فيمن يجوز الصرف اليه قوله تعالى انما

الصدقات للفقراء والمساكين الاية فهي ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم وهم كانوا ثلثة
انواع نوع كان يتالفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليسلموا ويسلم قومهم باسلامهم ونوع منهم
اسلموا لكن على ضعف فيريد بذلك تقريرهم لضعفهم ونوع منهم لدفع شرهم وهم مثل عيينة بن حصن
والاقرع بن حابس والعباس بن مرداس وكان هؤلاء رؤساء قريش لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم
يعطيهم خوفا منهم فان الانبياء عليهم السلام لا يخافون احدا الا الله وانما اعطاهم خشية ان يكبهم
الله على وجوههم في نار جهنم ثم سقط ذلك في خلافة الصديق رضي الله عنه روي انهم استبدلوا
الخط لنصيبهم في خلافة ابي بكر رضي الله عنه فبذل لهم وجاؤا الى عمر رضي الله عنه فاستبدلوا خطه فابى
ومزق خط ابي بكر رضي الله عنه وقال هذا شيء كان يعطيكم رسول الله صلى الله عليه وسلم تاليفا لكم فاما اليوم
فقد اعز الله الاسلام واغنى عنكم فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فعادوا الى ابي بكر فقالوا
انت الخليفة او عمر بذلت لنا الخط ومزقه عمر فقال هو ان شاء الله ولم يخالفه وعلى ذلك انعقد الاجماع
واختلف كلام القوم في وجه سقوطه بعد النبي صلى الله عليه وسلم بعد ثبوته بالكتاب الى حين وفاته عليه الصلاة
والسلام فمنهم من ارتكب جواز نسخ ما ثبت بالكتاب بالاجماع على ان الاجماع حجة قطعية كالكتاب وليس
بصحيح من المذهب ومنهم من قال هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم بانتهاء وقته
وهو النهار ورد بان الحكم في البقاء لا يحتاج الى علة كما في الرمل والاضطباع في الطواف وقد تقدم فان انتهاء
قد لا يستلزم انتهاؤه وفيه بحث قررناه في التقرير وقال شيخي العلامة علاء الدين عبد العزيز والاحسن
ان يقال هذا تقرير لما كان في زمن النبي عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى وذلك ان المقصود بالدفع
اليهم كان اعزاز الاسلام لضعفه في ذلك الوقت لغلبة اهل الكفر وكان الاعزاز بالدفع ولما تبدلت الحال
بغلبة اهل الاسلام صار الاعزاز في المنع فكان الاعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الالة
لاعزاز الدين والاعزاز هو المقصود وهو باق على حاله فلم يكن نسخا كالمتيمم وجب عليه استعمال التراب
للتطهير لانه الة متعينة لحصول التطهير عند عدم الماء فاذا تبدلت حاله بوجدان الماء سقط الاول
ووجب استعمال الماء لانه صار متعينا لحصول المقصود ولا يكون هذا نسخا للاول فكذا هذا وهو
نظير ايجاب الدية على العاقلة فانها كانت واجبة على العشيرة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده على
اهل الديوان لان الايجاب على العاقلة بسبب النصرة والانتصار في زمنه عليه الصلاة والسلام كان
بالعشيرة وبعده باهل الديوان فايجابها على اهل الديوان بعده عليه الصلاة والسلام لم يكن نسخا بل كان
تقريرا للمعنى الذي وجبت الدية لاجله وهو الانتصار لكن اهله او هو كلام حسن وقوله والفقير وهو
من له ادنى شيء ظاهر وقوله ولكل وجه اما وجه الاول وهو ان يكون المسكين اسوأ حالا من الفقير فقوله
تعالى او مسكينا ذا متربة اي لاصقا بالتراب من الجوع والعري واما وجه من قال بالثاني وهو ان الفقير
اسوأ حالا من المسكين فقوله تعالى اما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر والفائدة تظهر في الوصايا
والاوقاف والنذور لا في الزكوة فان صرفها الى صنف واحد جائز عندنا ثم هما صنفان او صنف واحد
سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى روي عن ابي يوسف انه قال هما صنف واحد حتى قال فيمن
اوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين ان لفلان نصف الثلث وللفريقين النصف الاخر وقال
ابو حنيفة لفلان ثلث الثلث فجعلهما صنفين وهو الصحيح كذا ذكره فخر الاسلام لانه عطف وهو
يقتضي المغايرة. وقوله والعامل يدفع اليه الامام ان عمل العامل هو الذي يبعثه الامام لجباية الصدقات
يعطيه ما يسعه اي يكفيه واعوانه مدة ذهابهم وايابهم لانه فرغ نفسه لهذا العمل وكل من فرغ
نفسه لعمل من امور المسلمين يستحق على ذلك رزقا كالقضاة والمقاتلة وليس ذلك على وجه الاجارة لانها

لا تكون الا على عمل معلوم ومدة معلومة واجر معلوم ولم يقدر ذلك بالثمن خلافا للشافعي رحمه الله
فانه يقدر بذلك لان القسمة تقتضي المساواة في الاصل فتكون بيانا بالحصة وفيه نظر لان القسمة
ان اقتضت ذلك فسهم المؤلفة قلوبهم سقط بالاجماع فلم يبق الا سهم ثمانية حتى يكون له الثمن
واجيب بان المؤلفة قلوبهم مسلمون وكفار والساقط سهم الكفار فقط فكانت الاسهم ثمانية
وقوله لان استحقاقه بطريق الكفاية اي لا بطريق الصدقة الا ترى ان صاحب الزكوة لو دفعها
الى الامام لم يستحق العامل شيئا ويأخذ وان كان غنيا فان قيل لو كان كذلك لجاز اخذه للهاشمي تنزيها
لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ والغني لا يوازنه اي الهاشمي في استحقاق الكرامة
فلم تعتبر الشبهة في حقه وقوله هو المنقول يعني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روي ان
رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم دلني على عمل يدخلني الجنة قال فك الرقبة او اعتق النسمة
قال اوليسا سواء يا رسول الله قال فك الرقبة ان تعين في عتقه. وقوله ولا يملك نصابا فاضلا
عن دينه لانه اذا ملك ذلك كان غنيا واذا لم يملك وما في يده مستحق بالدين وجوده وعدمه
سواء كان فقيرا. وقوله في اصلاح ذات البين اي الصلح بين المتعادين لزوال الاختلاف وهو
الائتلاف والنائرة العداوة والشحناء وقوله منقطع الغزاة اي فقراء الغزاة وكذلك المراد بمنقطع
الحاج فقراؤهم المنقطع منهم ولا تصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء لقوله
صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم وقال الشافعي يجوز لقوله صلى الله عليه
وسلم لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة من جملتهم الغزاة في سبيل الله ولنا وبله الغني بقوة البدن ومعناه
ان المستغني بكسبه لقوة بدنه لا تحل له طلب الصدقة الا اذا كان غازيا فتحل لاشتغاله بالجهاد عن
الكسب وذكر تلك الخمسة في التجنيس فقال لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة الغازي والعامل عليها والغارم
ورجل يشتريها بماله ورجل تصدق بها على المسكين فاهداها المسكين اليه وذكر في المصابيح وفي رواية
وابن السبيل فان قيل قوله وفي سبيل الله مكرر سواء كان منقطع الغزاة او منقطع الحاج لانه اما
ان يكون له في وطنه مال او لا فان كان فهو ابن السبيل وان لم يكن فهو فقير فمن اين يكون العدد
سبعة اجيب بانه فقير الا انه ازداد فيه شيء اخر سوى الفقر وهو الانقطاع في عبادة الله من
جهاد او حج فلذلك غاير الفقير المطلق والمغاير للمطلق لا محالة [illegible]
ايضا وهو زيادة التحريض والترغيب في رعاية جانبه التي استفيدت من العدول عن اللام الى كلمة
في فان في ذلك ايذانا بانهم ارسخ في استحقاق التصدق عليهم ممن سبق ذكرهم لان في للظرفية فنبه
على انهم احقاء بان توضع فيهم الصدقات واذا كان كذلك لم ينتقص المصارف عن السبعة وقد قال
وقوله وهذه الجهات جهات الزكوة يعني هم مصارف الصدقة كانت مستحقوها عند تحقق حصول
الفقر واحد منهم وقال الشافعي رحمه الله هم المستحقون لها حتى لا يجوز ان تصرف الى الاصناف
السبعة من كل صنف ثلثة وهو احد وعشرون لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق لكونها موضوعة
للتمليك ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وقال ابن عباس رضي الله عنهما المراد
بيان المصارف فاي صنف اعطيتم اجزأكم كان الله تعالى امرنا باستقبال الكعبة فاذا استقبل جزء منها
كنت ممتثلا للامر الاخرى ان الله تعالى ذكر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة تعرف ان المقصود سد خلة
المحتاج فصاروا صنفا واحدا في التحقيق وقوله وهذا اي ما ذكرنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف
لا لاثبات الاستحقاق لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وعلة الفقراء الحاجة صاروا مصارف لما ذكرنا
انه تعالى ذكر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فلا يبالي باختلاف جهاتها وقوله ولا يجوز ان يدفع الزكوة

الى ذمي واضح والضمير في اغنيائهم راجع الى المسلمين لان الزكوة لا تجب على الكافر فكذا ضمير فقرائهم لئلا يختل
النظم فان قيل هذه زيادة على النص وهو قوله انما الصدقات فان خبر الواحد وهو لا يجوز اجيب بانه مشهور
تلقته الامة بالقبول فجاز الزيادة به. وقوله ويدفع ما سوى ذلك من الصدقات يعني الى الذمي لانه
هو المذكور اولا دون الحربي والمستأمن وفقراء المسلمين اولى وقوله تصدقوا على اهل الاديان كلها
يقتضي شيئين احدهما ان يجوز الصرف الى الحربي والمستأمن والثاني جواز دفع الزكوة ايضا واجاب
عن الثاني بقوله ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز في الزكوة لان قوله تصدقوا مطلق فان معناه افعلوا
التصدق فمنهم من قال معناه انه مخصوص وليس بشيء لان المطلق ليس بعام ومنهم من يقول معناه نعمل
بالدليلين وذلك لان دون قوله عليه الصلاة والسلام تصدقوا على اهل الاديان كلها يقتضي جواز دفع الزكوة
اليهم وحديث معاذ يقتضي عدمه فقلنا حديث معاذ في الزكوة والاخر فيما سواها من الصدقات
الواجبة كصدقة الفطر والصدقة المنذورة والكفارات عملا بالدليلين ولم يذكر الجواب عن
الاول واجيب عنه بانه مخصوص في حق الحربي والمستأمن بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم
في الدين وفيه نظر لان الحقة بيان التقرير وهو يمنع الخصوص على ما عرف في الاصول ولا يندفع ما قيل كلمة
كل لتاكيد الاديان لا لتاكيد الاهل فتأمل فانه غامض سلمناه ولكن يقتضي ان يكون المخصص مقارنا عندنا
وليس بثابت على ان في الاية النهي عن التولي لا عن البر ولا يكون له التعلق بالصدقة ويمكن ان يقال امرنا
بالمقاتلة معهم بايات القتال فان كان شيء منها متاخرا عن هذا الحديث كان ناسخا في حقهم وان لم
يكن لم يبق الحديث معمولا به في حقهم لان التصدق عليهم مرحمة لهم ومواساة وهي منافية لمقتضى الاية
وليست مرتبتها فيسقط العمل به في حقهم ويبقى معمولا به في حق اهل الذمة عملا بالدليل بقدر الامكان
وقوله وهو الركن لان الاصل في دفع الزكوة تمليك فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه جزء من المال مع
قطع منفعة المدفوع عن نفسه مقرونا بالنية ولقائل ان يقول قولكم التمليك ركن دعوى مجردة اذ ليس في
الادلة النقلية المنقولة في هذا الباب ما يدل على ذلك ما خلا قوله تعالى انما الصدقات للفقراء وانتم
جعلتم اللام للعاقبة دون التمليك والجواب ان معنى قولهم للعاقبة ان المقبوض يصير ملكا لهم في العاقبة
لهم مصارف ابتداء لا مستحقون ثم يحصل لهم الملك في العاقبة بدلالة اللام فلم يبق دعوى مجردة وقوله
لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه بدليل ان الدائن والمديون اذا تصادقا ان لا دين بينهما فللموفي
ان يسترد المقبوض من القابض فلم يصر هو ملكا للقابض وانما قيد بدين الميت لانه لو قضى دين حي بامره
وقع عن الزكوة كانه تصدق على الغريم فيكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة. وقوله ولا يشترى
بها رقبة ظاهر وقوله ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه اي من يكون بينهما قرابة ولاد اعلى واسفل واما ما
سواهم من القرابة فيتم الانتفاء بالصرف اليه وهو افضل لما فيه من صلة الرحم. وقوله للاشتراك في المنافع
عادة لان الله تعالى قال ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها وقوله لما ذكرنا يعني من
اشتراك المنفعة الا ترى ان كل واحد منهما منهم في حق صاحبه حتى لا يجوز شهادته له والكل واحد منهما
يرث صاحبه من غير حجب كما في الولاد فكما ان الولاد مانع فكذا ما يتفرع منه الولاد وقوله قلنا هو محمول
على النافلة لما روي انها كانت امرأة صنعة اليدين تعمل للناس وتتصدق بذلك وبه نقول وقوله وله
حق في كسب مكاتبه ظاهر الا ترى انه لو تزوج جارية مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية نفسه وقوله
ولا الى عبد اعتق بعضه بضم الهمزة بان يكون عبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه وهو معسر لا يجوز
للاخر دفع زكوته اليه لانه بمنزلة المكاتب عنده حر مديون عندهما. وقوله وبخلاف امرأته يعني الغني
يعني الغني يعني فانه يجوز الدفع اليها اذا كانت فقيرة وهو ظاهر الرواية وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف

انه لا يجوز

انه لا يجوز لانها مكفية المؤنة بما يستوجب النفقة على الغني حالة اليسار والاعسار فالصرف اليها
كالصرف الى ولده صغير الغني ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب والفرق بينهما وبين الولد الصغير
للغني انه يستوجب النفقة عليه بالجزئية فكان الصرف اليها كالصرف الى الغني وقوله
ولا تدفع الى بني هاشم الى قوله بمنزلة التبرد بالماء ظاهر واعترض عليه بان المشبه
بالوضوء على الوضوء كان انسب باعتبار وجود القربة فيهما وهذا اختيار صاحب الفتاوي
الكبرى حرمة التطوع ايضا وذكر في شرح الاثار ان المفروضة والنافلة محرمتان عليهم
عندهما وعن ابي حنيفة فيها روايتان واجيب بان المال في التطهير دون الماء لان الماء
مطهر حكما والمال حقيقة وحكما فيكون المال مطهرا من وجه دون وجه فجعلناه مثلا يسلي الفرض
دون النفل عملا بالوجهين. وقوله وهم آل علي ظاهر وقوله واما مواليهم فلما روي ان مولى
لرسول الله صلى الله عليه وسلم هو ابو رافع روى صاحب السنن مسندا الى ابي رافع ان النبي
صلى الله عليه وسلم بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة فقال لابي رافع اصحبني فانك تصيب
منها قال حتى اتي النبي فاسأله فاتاه فسأله فقال مولى القوم من انفسهم وانا لا تحل لنا الصدقة
فان قيل لو كان مولى القوم منهم لما وجب الجزية على عبد كافر اعتقه القرشي لانه لا جزية عليه
اجاب بقوله بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال
المعتق بفتح التاء لانه هو القياس فان القياس ان لا يلحق المعتق بالمعتق في حال ما لان كل واحد
منهما اصل بنفسه من حيث البلوغ والعقل والحرية وخطاب الشرع والالحاق انما كان بالنص
في حق الصدقة فلا يتعداه ولهذا يؤخذ من مولى التغلبي الجزية دون الصدقة المضاعفة وقوله
قال ابو حنيفة ومحمد هذا على ثلاثة اوجه اما ان ظهر انه كان محلا للصدقة او لم يظهر حاله عنده
اصلا او ظهر انه لم يكن محلا ففي الاولين يجوز بالاتفاق وفي الثاني جاز عند ابي حنيفة ومحمد ولا
اعادة عليه وهل يطيب المقبوض للقابض ذكر الحلواني انه لا رواية فيه واختلفوا فيه على
قول من لا يطيب ماذا يصنع بها قيل يتصدق به وقيل يرده على المعطي على وجه التمليك ليعيد
الايتاء وقال ابو يوسف عليه الاعادة ولكن لا يسترد ما اداه لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف
على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب فان الاواني الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة فان غلبت
الطاهرة مثلا ان يكون اناءان طاهران واناء نجس فانه لا يجوز ان يترك التحري فاذا تحرى
وتوضأ ثم ظهر الخطأ يعيد الوضوء واما اذا غلبت الطاهرة او تساويا يتيمم ولا يتحرى واما
الثياب الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة وليس ثمة علامة تعرف بها فانه يتحرى مطلقا فاذا صلى
بثوب منها بالتحري ثم ظهر خطاؤه اعاد الصلوة ولما علم استرداده فلان فساد جهة الزكوة
لا ينقض الاداء ولهما حديث معن بن يزيد وهو ما روي ان يزيد دفع صدقته الى رجل ليدفعها
الى الفقير فدفعها الى ابنه معن فلما اصبح رآها معه فقال يا بني والله ما اياك اردت فاختصما الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت فجوز
ذلك ولم يستفسر ان الصدقة كانت فريضة او تطوعا وذلك يدل على ان الحال لا يختلف اولان
مطلق الصدقة ينصرف الى الفريضة. وقوله ولان الوقوف على هذه الاشياء ممكن
لكنه بالاجتهاد دون القطع دليل يتضمن الجواب عن قوله وامكان الوقوف عن هذه الاشياء يعني سلمنا
ان الوقوف على هذه الاشياء ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع وما كان كذلك يبتنى الامر فيه على ما يقع
عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة فاذا وقع عنده انه مصرف صح الاداء لئلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع

وعن ابي حنيفة في غير الغني فيما اذا ظهر انه هاشمي او كافر او انه ابوه او ابنه لا يجزيه والظاهر هو الاول
يعني الاجزاء في الكل وقوله وهذا اي عدم الاعادة اذا تحرى حاصل هذه المسئلة على اربعة اوجه اما
ان يدفع زكاة ماله رجلا بلا شك ولا تحر او شك في امره فالاول يجزيه ما لم يتبين انه غني لان الفقير في
القابض اصل والثاني اما ان يتحرى او لا فان لم يتحر لم يجزه حتى يعلم انه فقير لان الفقير هو المقصود وقد حصل
بدونه كالسعي الى الجمعة وان تحرى ودفع فاما ان يكون في اكبر رايه انه مصرف او ليس بمصرف فان كان الثاني
لا يجزيه الا اذا ظهر انه فقير فاذا ظهر صح هو الصحيح وزعم بعض مشايخنا انه عند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز
كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى الى جهة ثم اعرض عن الجهة التي ادى اليها اجتهاده وصلى الى جهة اخرى ثم تبين
انه اصاب القبلة لزمه اعادة الصلاة عند ابي حنيفة ومحمد والاصح هو الفرق فان الصلاة لغير القبلة
مع العلم لا تكون طاعة فكذا اعتقد انه فعل معصية لا يمكن اسقاط الواجب عنه به واما التصدق على الغني
فصحيح وليس فيه من معنى المعصية شيء فيمكن اسقاط الواجب عند اصابته محله بفعله فكان العمل بالتحري لحصول المقصود
وقد حصل بغيره وان كان الاول فان ظهر انه فقير او لم يظهر من حاله شيء جاز بالاتفاق وان ظهر انه غني فكذلك
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقوله وهو الركن اي التمليك هو الركن في الزكاة كما مر وقال ولا يجوز
دفع الزكاة من ملك نصابا سواء كان من النقود او السوائم او العروض وهو فاضل عن حوائجه الاصلية كالدين
في النقود وللاستعمال والاحتياج في الاستعمال في امر المعاش في غيرها لا يجوز دفع الزكاة اليه وعن هذا
ذكر في المبسوط رجل له الف درهم ولا زكاة عليه لان الدين مصروف الى ماله الذي في يده لانه فاضل عن
حاجته معد للتقلب والتصرف به فكان الدين مصروفا اليه فاما الدار والخادم والفرس والسلاح
مشغول بحاجته فلا يصرف الدين اليه وعلى هذا قال مشايخنا ان الفقيه اذا ملك من الكتب ما يساوي
مالا عظيما ولكنه يحتاج اليها يحل له اخذ الصدقة الا ان يملك فضلا عن حاجته ما يساوي مائتي درهم
وقوله وانما النماء شرط الوجوب يعني ان الشرط في عدم جواز الدفع ملك النصاب الفاضل
عن الحوائج الاصلية ناميا كان او غير نام وانما النماء شرط وجوب الزكاة ويجوز دفعها الى من يملك اقل
من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا وقال الشافعي لا يجوز دفعها الى الفقير الكسوب لقوله صلى الله
عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ولنا انه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة
لا يوقف عليها لكونها خفية ولها دليل ظاهر وهو فقد النصاب فيقام مقامه كما في الاخبار عن المحبة فيما
اذا قال ان كنت تحبيني فانت طالق فقالت احبك وتاويله ما رواه حرمة الطلب الا ترى الى ما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسالانه فنظر اليهما وراهما
جلدين فقال انه لا حق لكما فيه وان شئتما اعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال الا ترى انه جوز الاعطاء
اليهما وقوله ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا قيل معناه اذا لم يكن له عيال ولا دين عليه
فاما اذا كان معيلا فلا باس بان يعطيه مقدار ما لو وزعه على عياله اصاب كل واحد منهم دون المائتين لان
التصدق عليه في المعنى تصدق عليه وعلى عياله واذا كان عليه دين فلا باس بان يعطيه مائتين او اكثر مقدار
ما اذا قضى به دينه يبقى له دون المائتين وكذلك ذكر هذه المسئلة في المبسوط معللة بهذا من المعنى ثم قال
ويكره ان يعطي رجلا من الزكاة مائتي درهم اذا لم يكن عليه دين او عيال وقال ابو يوسف لا باس باعطاء المائتين
ويكره ان يعطيه فوق المائتين وقال زفر لا يجوز ان يعطيه المائتين وجه قول ابي يوسف ان جزءا من المائتين
مستحق بحاجته الحالية والباقي دون المائتين فلا يثبت به صفة الغنى الا ان يعطيه فوق المائتين وجه قول
زفر ان الغنى قارن الاداء لان الاداء علة الغنى والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة مع الفعل وهذا لان العلة
عند علمائنا المحققين ذكره الامام المحقق فخر الاسلام وغيره في اصول الفقه ولنا ما ذكره ان الغنى حكم الاداء

وحكم الشيء يعقبه واعترضوا عليه بان حكم الحقيقة لا يجوز ان يتاخر عنها كما قال زفر فما وجه هذا الكلام
فمنهم من قال معنى قوله الغنى حكم الاداء ان ذلك لان الاداء علة الملك والملك علة الغنى فكان الغنى مضافا
الى الاداء لكن بواسطة الملك فكان للعلة الاولى وهي الاداء شبهة السبب والسبب الحقيقي هو الذي
يتقدم على الحكم حقيقة وما كان شبيه السبب من العلل له شبهة التقدم فكان هذا من قبيل شرى
القريب للاعتاق فان الشراء علة الملك والملك في القريب علة العتق بالحديث فكان العتق حكم الشرى فكذلك
جازت به الكفارة عندنا لشبهة تقدم الشرى على العتق بوجود الواسطة وليس في كلام المصنف
ما يشعر به وقال فخر الاسلام الاداء يلاقي الفقير وانما يثبت الغنى بحكمه وحكم الشيء لا يصلح مانعا لان
المانع ما يسبقه لا ما يلحقه والجواز لم يحتمل البطلان لان البقاء يستغني عن الفقير وهذا يشير الى
التاخر كما ترى والحكم لا يتاخر عن العلة الحقيقية وان قولك الحكم يعقب العلة في العقل ويقارنها
في الوجود فما النظر الى التاخر العقلي جائز وبالنظر الى التقارن الخارجي يكره ولعله المراد بقوله لقربه
منه. وقوله وان يغني به انسانا احب الى هذا خطاب ابي حنيفة لابي يوسف رحمهما الله وانما
صار هذا احب لان فيه صيانة المسلم عن ذل السؤال مع اداء الزكاة وهذا قالوا ان من اراد ان يتصدق
بدرهم فاشترى به فلوسا ففرقها فقد قصر في امر الصدقة ومعناه الاغناء عن السؤال في يومه
لا ان يملكه نصابا لان الاغناء مطلقا مكروه كما تقدم وينبغي ان يكون مراده اذا لم يكن مديونا
او معيلا بناء على ما تقدم. وقوله ويكره نقل الزكاة من بلد الى بلد قال الامام ابو الحسن القدوري
يكره نقل الزكاة الى بلد اخر وهذا اذا لم ينقل الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده اما اذا
نقل اليهم فانه يجوز بلا كراهة اما الجواز في الصورة الاولى فلان المصرف مطلق الفقراء بالنص واما الكراهة
فلحديث معاذ ولان في النقل ترك رعاية الجوار واما عدم الكراهة فيما اذا نقل الى قرابته فلما فيه من
اجر الصدقة واجر الصلة واما الى قوم هم احوج من اهل بلده فلان المقصود سد خلة الفقير فمن كان
احوج كان اولى وقد صح عن معاذ انه كان يقول باليمن ائتوني بخميس او لبيس اخذه منكم في الصدقة فانه
ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة والخميس الثوب الذي طوله خمسة اذرع واللبيس الخلق
بالفرق فتبين هذه المسئلة ونبين صدقة الفطر في انه اعتبر هنا مكان المالك وفي صدقة الفطر
يجب عليه في ظاهر الرواية واحتج بان وجوب الصدقة على المولى في ذمته عن راسه فحيث كان
راسه وجب عليه وراس مماليكه في حقه كراسه في وجوب المؤنة التي هي سبب الصدقة فحيث
كانت راسه وجب وهو الزكاة فانها تجب في المال ولهذا اذا هلك سقطت فاعتبر مكانه والله اعلم

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر لها مناسبة بالزكاة والصوم اما بالزكاة فلانها
من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكاة واما بالصوم فباعتبار الترتيب الوجودي فان شرط
الفطر وهو بعد الصوم قال صاحب النهاية ما حاصله ان هذا الترتيب لما ان المقصود من الكلام هو
المضاف اليه خصوصا اذا كانت مضافا الى شرطه والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله تعالى سميت
بها لان بها يظهر صدق الرغبة في تلك المثوبة كالصداق يظهر به صدق رغبة الرجل في المراة
قال صدقة الفطر واجبة الوجوب هنا على معناه الاصطلاحي وهو ما ثبت بدليل فيه شبهة
على ما ذكر في الكتاب. وقوله فاضلا عن مسكنه قال في النهاية حتى لو كان له داران دار يسكنها ودار
لا يسكنها ويواجرها او لا يواجرها يعتبر قيمتها في الغنى حتى لو كانت قيمتها مائتي درهم وجب عليه صدقة
الفطر. وقوله وعبيده يعني التي ليست للتجارة فان التي تكون للتجارة فيها الزكاة وقوله صغيرا او كبيرا صفتان للعبد
ولا يجوز ان يكونا صفتين للحر وعبيده لانه لا يجب صدقة الفطر عن ولده الكبير وفي الحديث بيان لوجوبها

وسبب وجوبها وشرطها ومقدار الواجب وبيان من تجب عليه ومن تجب عنه وقوله رواه ثعلبة
بن صعير العدوي او صعير العذري قال الامام حميد الدين الضرير العذري يعني بالعين والذال
المعجمة اصح منسوب الى بني عذرة اسم قبيلة والعدوي منسوب الى عدي وهو جده واهل الحديث يقولون
كنيته ابو صعير العذري وقوله لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في
ظهر القلب وظهر الغيب وهو اي الحديث حجة على الشافعي في ايجابه على من يملك الزيادة على قوت يومه
لنفسه وعياله استدلالا بما ذكر في اخر حديث ابن عمر رضي الله عنهما غني او فقير لانه محمول اما على
ما كان في الابتداء ثم نسخ بقوله صلى الله عليه وسلم انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى واما على الندب
لانه قال في اخره اما غنيكم فيزكيه الله واما فقيركم فيخلفه الله افضل مما اعطى وقوله وقدر اليسار
بالنصاب ظاهر وقوله ولا يشترط النمو يعني لا يشترط ان يكون النصاب ناميا لانها وجبت بالقدرة
الممكنة والنمو انما يشترط فيما يكون وجوبه بالقدرة الميسرة كالزكاة على ما عرف في الاصول وقوله
ويتعلق بهذا النصاب يشير الى وجود نصب قبل فهي ثلاثة نصاب يشترط فيه النما ويتعلق
به الزكاة وسائر الاحكام المتعلقة بالمال وقد تقدم بيانه ونصاب تجب به احكام اربعة حرمة الصدقة
ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب ولا يشترط فيه النمو لا بالتجارة ولا بالحول
ونصاب يثبت به حرمة السؤال وهو ما كان عنده قوت يوم عند بعض وقال بعضهم
ان يملك خمسين درهما وقوله تخرج ذلك اي المقدار المذكور عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله
عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى والحر والعبد صاعا من تمر
او صاعا من شعير فعدل الناس به نصف صاع من بر وقوله لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانه
يضاف اليه يقال زكاة الراس وهي اي الاضافة امارة السببية لان الاضافة للاختصاص واقوى
وجوهه اضافة المسبب الى سببه لحدوثه به فان قيل لو كانت الاضافة امارة السببية لكان
الفطر سببا لاضافتها اليه يقال صدقة الفطر وليس كذلك عندكم اجاب بقوله والاضافة الى
الفطر باعتبار انه وقته فكانت اضافة مجازية ولهذا تتعدد الصدقة بتعدد الراس مع اتحاد اليوم
فعلم ان الراس هو السبب دون الوقت فان قيل قد يتكرر الوقت في السنة الثانية والثالثة وهلم
جرا مع اتحاد الراس ولو كان الراس هو السبب لما كان الوجوب متكررا مع اتحاده اجيب بان الراس
انما جعل سببا بوصف المونة وهو يتكرر بمضي الزمان فصار الراس باعتبار تكرر وصفه كالمتكرر بنفسه
حكما فكان السبب هو المتكرر حكما وقوله والاصل في الوجوب راسه ظاهر وقوله ومماليكه
بالجر يتناول العبيد والمدبرين وامهات الاولاد دون المكاتبين على ما سنذكر وقوله فان كان لهم مال
يودي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد وهو قول زفر
رحمهما الله وهو القياس لا يودي الا من مال نفسه ولو ادى من مال الصغير ضمن لانها زكاة في الشريعة
كزكاة المال فلا تجب على الصغير ولانها عبادة والصغير ليس باهل لوجوبها وجه الاستحسان ان الشرع
اجراه مجرى المونة حيث اوجب على الانسان من جهة غيره فاشبه النفقة ونفقة الصغير في ماله
اذا كان له مال وكما يودي عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليكه الصغير والمجنون في ذلك بمنزلة
الصغير قال ولا يودي عن زوجته قال الشافعي رحمه الله يجب على الرجل ان يودي صدقة
الفطر عن زوجته لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون وهو يمون زوجته ولنا ما ذكر في الكتاب
ووجهه انه صلى الله عليه وسلم ذكر المونة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل وليس عليه مونتها كاملة لانه
لا يمونها في غير الرواتب كالمداواة وكذلك لا بد من الولاية وليس له عليها الولاية الا في حقوق النكاح ولا يودي

عن اولاده الكبار

عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله بان يكونوا زمنى فقراء لانه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا
كالاجانب وقوله ولو ادى عنهم ظاهر وهو استحسان والقياس ان لا يصح كما اذا ادى الزكاة بغير اذنهم
وجه الاستحسان ان الصدقة فيها معنى المونة فيجوز ان يسقط باداء الغير وان لم يوجد الاذن صريحا
ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولانه لا يمونه ولا المكاتب عن نفسه لفقره لانه مملوك ما لا
ومن كان كذلك ليس من اهل ملك المال وقد قررناه في التقرير على وجه لم يسبق اليه فليطلب ثمة
وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة لانها لا تعدم بالتدبير والاستيلاد وانما بطل المالية ولا
عبرة لها هنا لانه يودي عن نفسه واولاده الصغار ولا مالية فيهم ولا يخرج عن مماليكه
للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكاة على المولى فهما حقان بسببان في
محلين مختلفين فلا تنافي بينهما فجاز اجتماعهما وعندنا وجوبها على المولى بسبب العبد كالزكاة فلو
اوجبناها عليه ادى الى الثنى وهو لا يجوز لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا ثنى في الصدقة والثنى
مكسور مقصور اي لا يوخذ في السنة مرتين فان قيل سبب الزكاة فيهم المالية وسبب الصدقة مونة
رؤسهم ومحل الزكاة بعض النصاب ومحل الصدقة الذمة فاذا هما حقان مختلفان سببا ومحلا فلا يودي
الى الثنى لان الثنى عبارة عن تثنية شي واحد وهما شيئان فكانا كنفقة عبيد التجارة والزكاة اجيب بان
الشرع بنى هذه الصدقة على المونة فقال ادوا عمن تمونون وهذا العبد معد للتجارة لا للمونة والنفقة
التي نعرفها فيهم تطلب الزيادة منهم فيكون ساقط العبرة بحكم الفضلة الا ترى ان المضارب يملك هذا
الانفاق وهو غير ماذون الا بالتجارة واذا سقطت النية حكما في مال التجارة اشبه السقوط حقيقة
ولو سقطت حقيقة بالاباق او الغصب او الكتابة سقطت الصدقة لعدم المونة فكذا هاهنا اعلم ان هذا
ان سقوط صدقة الفطر هاهنا لزوال سبب الوجوب وهو المونة لا للتنافي بين الواجبين وقوله
والعبد بين الشريكين لا فطرة على احد منهما لقصور الولاية والمونة في حق كل واحد وقلنا لقصور الولاية
والمونة الكاملتين سبب ولم يوجد وقوله وكذا العبيد بين اثنين يعني لا تجب الصدقة عند ابي حنيفة
وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص اي الكسور حتى لو كان بينهما خمسة اعبد يجب على كل واحد
ما يخصه صدقة الفطر عن العبدين ولا يجب على الخامس ابو حنيفة مر على اصله فانه لا يرى قسمة الرقيق
جبرا فلا يملك كل واحد منهما ما يستحق عبدا ومحمد كذلك فانه يرى قسمة الرقيق جبرا وباعتبار القسمة ملكه
كل واحد منهما في البعض مع الحاق ابو يوسف بمحمد هاهنا تخالف لما ذكر في المبسوط حيث قال فان كان
بينهما مماليك للخدمة فعلى قول ابي حنيفة لا تجب على واحد منهما صدقة الفطر عنهم وعند محمد تجب على
كل واحد منهما الصدقة في حصته اذا كانت كاملة في نفسها ومذهب ابي يوسف مضطرب والاصح ان قوله
كقول ابي حنيفة وعلل ان القسمة ينبني على الملك واما وجوب الصدقة فتنبني على الولاية لا على الملك
حتى لا تجب الصدقة فيما لا ملك فيه كالولد الصغير وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شخص من هذا الرقيق
كان فقد مر وجه قوله اذا كان كقول محمد هو ما ذكر في الكتاب وهما بريانها وقيل هو بالاجماع اي عدم وجوب
الفطرة في العبد بين اثنين باجماع علمائنا الثلاثة لانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة
فلا تستحق الرقبة لكل واحد من الشريكين وقوله ويودي المسلم الفطرة اي صدقة الفطرة
عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا من حديث ثعلبة في اول الباب وهو قوله عليه السلام ادوا عن
كل حر وعبد وبقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او
نصراني او مجوسي ولان السبب قد تحقق وهو راس يمونه ويلي عليه والمولى من اهله اي من اهل الوجوب
لا يقال اضمار قبل الذكر لان الشهرة قائمة مقام الذكر وفيه خلاف الشافعي لان الوجوب عنده على العبد وهو

يس من اهله هو يستدل له لاثبات هذا الأصل بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد فان كلمة على للايجاب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
ادوا عمن تمونون فانما الوجوب على من خوطب بالاداء وهم الموالي وكلمة على في حديث ابن عمر بمعنى
عن كما في قوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون اي عن الناس ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق
اما عندنا فظاهر لان المولى ليس باهل للوجوب عليه ولا للاداء واما عنده فلان تحمل المولى عن مملوكه
يستدعي اهلية اداء العبادة والكافر ليس باهل له والوجوب عنده باعتبار تحمل المولى الاداء عنه
فاذا انعدم ذلك في حق المملوك لم يجب اصلا ومن باع عبدا او احدهما بالخيار ففطرته على من يصير له
حتى اذا تم البيع فعلى المشتري وان انتقض فعلى البائع **وقوله** ومعناه اذا مر يوم الفطر والخيار
باق قال الامام حميد الدين الضرير رحمه الله في شرحه هذا من قبيل اطلاق اسم الكل وارادة البعض
لان مضي كل يوم الفطر ليس بشرط وقال زفر على من له الخيار لان سبب الصدقة الولاية الكاملة والولاية
لمن له الخيار لانه ان اجازه وان لم يجزه انفسخ وقال الشافعي على من له الملك وهو المشتري فان مذهبه ان
خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية لانه اي لان الفطر بمعنى التصدق
من وظايف الملك وما هو كذلك فانه على المالك كالنفقة فانها في مدة الخيار على المالك ولنا ان الملك موقوف
يعني سلمنا انها وظيفة الملك لكن الملك موقوف لانه لو رد لعاد الى قديم ملك البائع ولو اجيز ثبت الملك
للمشتري من وقت العقد وكل ما كان موقوفا فالمبتني عليه كذلك لان التردد في الاصل يستلزم التردد
في الفرع بخلاف النفقة فانها وان كانت تنبني على الملك لكنها تثبت للحاجة الناجزة اي الواقعة في الحال فلا
تقبل التوقف وهذا الجواب بطريق التنزل لا بحسب الواقع فانها لو كانت وظيفة الملك لما وجبت
عليه عن نفسه واولاده الصغار وزكاة التجارة على هذا الخلاف يعني اذا كان للرجل عبد للتجارة فباعه بعروض
التجارة فباعه بعروض التجارة على انه بالخيار فحال الحول والخيار باق فزكاته على من يصير له الملك او على من له الخيار
او على من له الملك لان العروض بدل العبد وحول الاصل حول البدل لانه على البدل كذا نقل عن حميد الدين
الضرير وقيل صورته لاحدهما عشرون دينارا وللآخر عروض قيمته في القيمة ومبادلتهما على السواء
ففي آخر الحول باع صاحب العرض عرضه من الآخر بشرط الخيار له او للمشتري فازداد قيمة العرض
في مدة الخيار قبل تمام الحول ثم تم الحول فان تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصة الزيادة شيء وان تقرر للمشتري
يجب عليه ذلك ايضا عندنا

فصل في مقدار الواجب ووقته

لما ذكر وجوب صدقة الفطر وشرطه ومن يجب عليه ومن يجب عنه شرع في ما يؤدي به صدقة الفطر وقدره وكلامه
واضح **وقوله** حديث ابي سعيد الخدري روي عن مروان بن الحكم انه كتب الى ابي سعيد الخدري يسأله عن
صدقة الفطر فقال كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من التمر او صاعا من
الشعير ولنا ما روينا يعني في اول الباب من حديث ثعلبة ابن صعير وهو مذهب جماعة من الجماعة فيهم
الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله لم ينقل عن احد منهم انه لم يجوز
اداء نصف صاع من بر وما رواه محمول على الزيادة تطوعا **وقوله** والهما في الترتيب انه اي الزبيب
والتمر يتقاربان في المقصود وهو التفكه والاستحلاء فانه يشبه التمر من حيث انه حلو ماكول وله
عجم كالتمر نواة **وقوله** ومراده اي مراد محمد او صاحب القدوري من قوله او دقيق او سويق ما يتخذ
من البر اما دقيق الشعير فكعينه والاولى ان يراعى فيهما اي في الدقيق والسويق القدر والقيمة احتياطا
حتى ان كان منصوصا عليهما يتأدى باعتبار القدر وان لم يكونا فباعتبار القيمة وتفسيره ان يؤدي نصف صاع
من دقيق البر يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر واما لو ادى منا ونصف من من دقيق البر ولكن تبلغ قيمته قيمة نصف

في بيان ما

صاع من بر او ادى

صاع من بر او ادى نصف صاع من دقيق البر ولكن تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من البر لا يكون عاملا بالاحتياط
وقوله ورد نص على الدقيق في بعض الاخبار يريد به ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال ادوا قبل خروجكم زكاة فطركم فان على كل مسلم مدين من قمح او دقيقه **وقوله** ولم يبين
ذلك في الكتاب اي مراعاة الاحتياط فيهما بالقدر والقيمة لم يبين محمد في الجامع الصغير اعتبارا للغالب
فان الغالب ان قيمة نصف صاع من الدقيق تبلغ نصف صاع من البر او تزيد وان كان يتوهم ان لا يكون كذلك
في بعض الاوقات وهو وقت الغلاء وقلة الدقيق لكن الامر بالاحتياط حتى ان وقع ذلك يزيد من الدقيق الى ان يبلغ قيمته
قيمة نصف صاع من البر والخبز يعتبر فيه القيمة وهو الصحيح خلافا لبعض المتأخرين فانهم قالوا يجوز باعتبار
العين فانه اذا ادى منوين من خبز الحنطة جاز لانه لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين فمن الخبز اولى
لانه انفع للفقير والصحيح الاول لانه لم يرد في الخبز نص فكان بمنزلة الذرة والاصل ان ما هو منصوص عليه
لا يعتبر فيه القيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر او اكثر لم يجز لان في
اعتبار القيمة ابطال التقدير المنصوص عليه في المؤدى وهو لا يجوز واما ما ليس بمنصوص عليه فانه يلحق
بالمنصوص باعتبار القيمة اذ ليس فيه ابطال ذلك ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما روى ابو يوسف عن
ابي حنيفة رحمهم الله ان العلماء لما اختلفوا في مقدار الصاع انه ثمانية ارطال او خمسة ارطال وثلث رطل
فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه وروى ابن رستم عن محمد كيلا
قال قلت له لو وزن الرجل منوين حنطة واعطاها الفقير هل يجوز من صدقته فقال لا فقد تكون الحنطة
ثقيلة في الوزن وقد تكون خفيفة فانما يعتبر نصف الصاع كيلا لان الآثار جاءت في التقدير بالصاع
وهو اسم للمكيال وقوله والدقيق اولى من البر واضح **قال** والصاع عند ابي حنيفة ومحمد
ثمانية ارطال بالعراقي اختلف العلماء في الصاع فقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله هو ما يسع ثمانية ارطال
بالرطل العراقي كل رطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم وقال ابو يوسف رحمه الله خمسة ارطال
وثلث رطل بالعراقي وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم صاعنا اصغر الصيعان وهذا اصغر
الصيعان بالنسبة الى ثمانية ارطال ولنا ما روي انس وجابر رضي الله عنهما انه قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع
عمر رضي الله عنه وكان قد فقد فاخرجه الحجاج وكان يمتن على اهل العراق يقول في خطبته يا اهل العراق
يا اهل الشقاق والنفاق ومساوي الاخلاق الم اخرج لكم صاع عمر ولذلك يسمى حجاجيا وهو صاع العراق
وقوله وهو اصغر جواب عن ابي يوسف يعني ان ... فهو ليس باصغر من
الهاشمي ... ثمانية ارطال وكانوا يستعملون الهاشمي والنبي صلى الله عليه وسلم استعمل الخ
وقال صاعنا اصغر الصيعان **وقوله** ووجوب الفطر يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر
يعني تعلق وجوب الاداء بالشرط فهو من تعلق المشروط بالشرط لا من تعلق الحكم بالسبب حتى قال
لعبده اذا جاء يوم الفطر فانت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد ويجب على المولى صدقته فطلوع قبل
العتق بالاتصال لان المشروط يعقب الشرط في الوجود وقال الشافعي يتعلق الوجوب بغروب الشمس في
اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد يوم الفطر تجب عليه الفطرة عندنا وعنده
لا تجب **وقوله** وعلى عكسه من مات فيهما من مماليكه او ولده اي عندنا لا تجب لعدم
تحقق شرط وجوب الاداء وهو طلوع الفجر من يوم الفطر وعنده يجب لتحقق شرط وجوبه
وهو غروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان وهو يحتج له انه وجوب الفطرة يختص بالفطر
لما روي ان ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان

الفطر من رمضان وهذا اوقته اي وقت الفطر ولنا ان الصدقة اضيفت الى الفطر والاضافة للا
ختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل اذ المراد فطر يضاد الصوم وهو في اليوم لان الصوم فيه حرام
الا ترى ان الفطر كان يوجد في كل ليلة من رمضان ولا يتعلق الوجوب به فدل على ان المراد به يضاد
الصوم وقوله المستحق ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الحسن بن زياد وخلف بن ايوب ونوح بن
ابي مريم فان الحسن بن زياد يقول لا يجوز تعجيلها اصلا كالاضحية وقال خلف بن ايوب يجوز تعجيلها بعد دخول
شهر رمضان لا قبله فانه صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وقال نوح بن ابي مريم يجوز
تعجيلها في النصف الاخير من رمضان لانه بمضي النصف قرب الفطر للخاص فاخذ حكمه ومنهم من قال في
العشر الاخير من رمضان ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل
في الزكاة وعن هذا قال في الايضاح لو ادى عن عشر سنين او اكثر جاز **قوله** وان اخروها عن
يوم الفطر لم تسقط يعني وان طالت المدة وكان عليهم اخراجها ولنا ما ذكره ان وجه القربة فيها
معقول لانها صدقة مالية وهي قربة مشروعة في كل وقت لدفع حاجة الفقير والاغنا عن المسئلة
فلا يتقدر وقت الاداء فيها بل يجوز ان يتعدى الى غيره فلا يسقط بعد الوجوب الا بالاداء كالزكاة بخلاف
الاضحية فان القربة فيها اراقة الدم وهي لم تعقل قربة ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على
مورد النص

كتاب الصوم

ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير كتاب
الصوم عقيب كتاب الصلاة لان كلا منهما عبادة بدنية بخلاف الزكاة واخره عن الزكاة هاهنا لانه كالوسيلة
للصلاة باعتبار ارتياض النفس ولكن لا على وجه يتوقف امر الصلاة عليه وجوبا وجوازا كما كانت الطهارة
كذلك فاخر عنها انحطاطا لرتبة الوسيلة عن المقصود ولو قيل قدم الزكاة على الصوم لان الله تعالى قرن
ذكر الصلاة والزكاة بالصلاة في قوله اقيموا الصلاة واتوا الزكاة فكان الاقتدا بالكتاب اولى كان اسهل
ماخذا ويحتاج هاهنا الى معرفة تفسير الصوم لغة وشريعة ومعرفة سببه وشرطه وركنه
وحكمه وفي كلامه اشارة الى اكثرها والفطن يكتفي بذلك **وقال** الصوم ضربان واجب
ونفل ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل امر التعريف كذا في النهاية ومعناه ان حقيقة الصوم شرعا
ينقسم الى فرض وواجب ونفل وتعريفها على وجه يشملها عسر فاذا ذكر اقسامها سهل امر تعريفها
وكلامه واضح غير انه اطلق الواجب في لفظ المختصر واراد به الفرض والواجب وفي ذلك المنذور
المعروف على مذهبنا ويمكن ان يقال بالواجب الثابت علينا فيندفع المنذور **قوله** ولهذا يكفر جاحده
بضم الياء وفتح الفاء بالاسناد اليه ومعناه يحكم بكفر جاحده ومنه لا يكفر اهل قبلتك اي لا ينسبهم الى الكفر **قوله**
والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم بناء على ان الامر للوجوب وكان الواجب ان يكون فرضا
لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان واجيب بانه قد خص من الاية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه
واجب شرعا كعيادة المريض وما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء لكل صلاة والنذر بالمعصية
فلما خصت هذه المواضع بقي الباقي حجة مجوزة لا موجبة قطعا كالاية المأولة وخبر الواحد وفيه نظر لان
من شرط التخصيص المقارنة والمخصص غير معلوم فضلا عن معرفة كونه مقارنا او لا ولان قوله تعالى
فمن شهد منكم الشهر فليصمه خص منه المجانين والصبيان واصحاب الاعذار ولم يقدح به في اثبات الفرضية
واقول في الجواب عن الاول ان الامر لتفريغ الذمة عما وجب عليه بالسبب فان السبب من الشارع
كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت فرضا وان كان من العبد يكون واجبا كما في النذور فرقا
بين ايجاب الرب وعبده ثم الامر الوارد من الشارع يكون لاداء ذلك وحينئذ لا يلزم ان يكون كونه
مفيدا للفرضية كما افادها للصوم لاختلاف السبب الموجب وهذا يغني عن الجواب عن الثاني وقد

قيل في الجواب

قيل في الجواب عنه ان العقل دل على عدم دخول المجانين والصبيان واصحاب الاعذار فلا
يكون ثمه تخصيص وسبب الاول يعني الفرض الشهر لانه يضاف اليه والاضافة دليل
السببية لما تقدم وبتكرره يتكرر فانه كلما دخل رمضان يجب صومه وذلك ايضا دليل
السببية وكل يوم سبب وجوب صوم ذلك اليوم لان صوم رمضان بمنزلة عبادات
متفرقة لانه تخلل بين يومين زمان لا يصلح للصوم لا قضاء ولا اداء وهو الليالي فصار
كالصلوات وهذا اختيار صاحب الاسرار وفخر الاسلام وقال شمس الائمة السرخسي
الليالي والايام في السببية سواء وقد عرفت ذلك في الاصول **وقوله** وسبب الثاني
اي المنذور المعين وهو النذر **وقوله** والنية من شرطه اي من شرط الصوم بانواعه
وسنبينه اي سنبين شرط الصوم وتفسيره اي تفسير ذلك الشرط واردنا ان
النية ما ذكره بعد هذا عند قوله ولانه يصوم فيتوقف الامساك في اوله على النية
المتأخرة المقترنة باكثره واراد بقوله تفسيره ما ذكره بقوله والنية لتعينه لله تعالى
لان النية عبارة عن تعيين بعض المحتملات فكان ما ذكره تفسير النية كذا في بعض الشروح
وقوله وجه قوله في الخلافية اي في المسئلة الخلافية وهي ان النية قبل الزوال تجزيه
عندنا خلافا للشافعي قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل والصيام مصدر
كالقيام **وقوله** ولانه لما فسد الجزء الاول ظاهر وقوله لانه متجز عنده ذكر في الوجيز الغزالي
تجوز نية التطوع قبل الزوال وبعده قولان وهذا بشرط خلو اول اليوم عن الاكل وروي ان بن
شريح من اصحابه ولم يشترط ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعدما شهد الاعرابي برؤية
الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وهذا لا يقبل التأويل وما رواه محمول
على نفي الفضيلة والكمال ومعناه لم ينو انه يصوم من الليل بل نوى ان صيامه من وقت النية قبل الصلة
اذا نويت فعلا ومفعوله لا امكن تعلقها بما قد احد منهما فانها تتعلق بالفعل دون المفعول كما يقال
نويت فاختار ان يحد ذاته كلا من تعلقت بالاتيان لا بالمفعول لكن هاهنا واجيب بانه كذلك
لكنه يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه عملا بما ذكرنا قيل قوله فليصم يحتمل الصوم اللغوي فيحمل عليه عملا
بالنصوص واجيب بانه لا يحتمل ذلك هاهنا لانه لو كان كذلك لكان الاكل وعدمه سواء فلا فائدة
في قوله ومن لم ياكل **وقوله** ولانه دليل معقول وهو يحتمل تعميم على هذا الوجه سلمنا ان ما رواه
ليس بمحمول على نفي ما ذكرنا فيكون معارضا لما رويناه فصار الى ما بعدهما من الحجة وهو القياس وهو
معنى لانه يوم صوم لان الصوم فيه فرض وكل ما هو يوم صوم يتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة
المقترنة باكثره كالنفل وهذا اي توقف الامساك على ما ذكرنا لان الصوم ركن واحد ممتد يحتمل
العادة والعبادة وكل ما هو كذلك يحتاج الى النية لتعينه للعبادة وهو النية لتعينه
لله تعالى فان وجدت من اوله فلا كلام وان وجدت في اكثره جعلت كانها وجدت من اوله لان الاكثر
يترجح جانب الوجود على العدم فان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من المواضع كما لك وادا الا كالكل
لو يكن اقتران النية تجاه الشروع شرطا بخلاف الصلاة والحج حيث يشترط قران النية
عند الشروع فيهما لانهما لا يجعل الاكثر كالكل لانها اركان مختلفة كالركوع والسجود والقعود والوقوف والطواف
فيشترط قرانها بالعقد على ذاتها لئلا يخلو بعض الاركان عن النية **قوله** وبخلاف القضاء جواب
عما يقال لو كان الصوم ركنا واحدا ممتدا والنية المتأخرة فيه جائزة لكان كذلك في القضاء
اشتراط النية من الليل وجه ما ان كان لانها لا دارة لا امساك توقف على ذلك اليوم وهو نفل

والمعنى بصوم اليوم ما تعلقت شرعيته بمجيء اليوم لا بسبب آخر من نحو القضاء والكفارة فيكون الصوم
قد وقع عنه فلا يمكن جعله من القضاء إلا أفضل أن يقع منه وذلك إنما يكون بنية من الليل **قوله** وبخلاف
ما قبل الزوال الجواب عما يقال إذا كان ركنا واحدا ممتدا ينبغي أن يكون اقترانها بالقليل أو الكثير سواء وجهه
أن الأصل أن تكون النية مقارنة بحالة الشروع ولكن تركنا ذلك إذا قارنت الأكثر لقيامه مقام الكل بخلاف ما لو
نوى بعد الزوال فترجحت جنبة الفوات وقوله ثم قال في المختصر أي مختصر القدوري إذا لم ينو حتى
أصبح أجزأته النية ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار خلافا لزفر فإنه يقول المسافر
المسافر في أول النهار لم يكن مستحقا لصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية بخلاف إمساك المقيم ولنا أن المعنى
الذي لأجله جوز في حق المقيم إقامة النية في أكثر وقت الأداء مقامها في جميع الوقت لم يفصل بين المسافر
والمقيم **قال** وهذا الضرب من الصوم أراد بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه على ما ذكر في
أول الكتاب قوله يتأدى بمطلق النية أي بأن يقول نويت الصوم وبنية النفل ظاهر وبنية واجب آخر
بأن ينوي عن كفارة أو غيرها وقيل هذا في صوم رمضان مستقيم فأما في النذر المعين فلا لأنه يقع عما
نوى من الواجب إذا كانت النية من الليل ذكره في أصول شمس الأئمة وغيره فحينئذ قول المصنف
هذا الضرب لا يبقى على إطلاقه وأجاب شيخي العلامة عبد العزيز بأنه يمكن أن يقال موجب كلام
المصنف أن يتأدى المجموع بالمجموع والبعض بالبعض لا البعض بالمجموع لأن كل فرد يتأدى بالمجموع
فيظهر لكلامه وجه صحة وقال الشافعي في نية النفل عابث أي لا يكون صائما لا فرضا ولا نفلا وفي مطلقها
له قولان في قول يقع عن فرض الوقت وفي قول لا يقع عنه وقوله لأنه بنية النفل دليل على النفل أي أنه بنية
النفل معرض عن الفرض لما بينهما من المغايرة فصار كإعراضه بترك النية فلا يكون له الفرض ومن هذا
يظهر وجه أحد قوليه في مطلق النية لأنه لم يصر معرضا بهذه النية فيجوز ووجه القول الآخر أن صفة
الفرضية قربة كأصل الصوم فكما لا يتأدى أصل الصوم إلا بالنية فكذلك الصفة وإذا انعدمت الصفة
ينعدم الصوم ضرورة ولنا أن الفرض متعين بقوله عليه السلام إذا انسلخ شعبان فلا صوم إلا رمضان
وكل ما هو متعين في مكان يصاب بأصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه بأن يقال يا حيوان
كما يناله باسم نوعه بأن يقال يا إنسان وباسم علمه مثل أن يقال يا زيد فلا يقال المتوحد في المكان إنما ينال
باسم جنسه لأن كونه معلوما لما لم يمنع أن ينال باسم نوعه بأن نوى الصوم المشروع في الوقت لا يمنع
أن ينال باسم جنسه دفعا للتحكم فإن قيل ما ذكرتم يحتمل الإصابة بمطلق النية دون نية النفل
أو واجب آخر لأن المتوحد ينال باسم جنسه لا باسم غيره فإن زيدا لا ينال باسم عمرو وأجابه
بقوله وإذا نوى النفل أو واجبا آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة لأن الوقت
لا يقبلها فبقي الأصل إذ ليس من بطلان الوصف إذا لم يكن فصلا مقوما بطلان الأصل وأصل الصوم جنسه
وذلك كاف وموضعه أصول الفقه وقد قررنا في الأنوار التقرير ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح
والسقيم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فإذا تحملها التحق
بغير المعذور وعند أبي حنيفة إذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لأنه شغل الوقت
بالأهم لتحتمه للحال فهو مؤاخذ به وتخيره في صوم رمضان لأنه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من أيام أخر
حتى إذا مات قبل الإدراك ليس عليه شيء وهذا الذي اختاره المصنف من التسوية ما لم يدرك عدة
من أيام أخر حتى إذا مات قبل الإدراك بين المسافر والمريض مخالف لما ذكره العلماء في التحقيق وقال صاحب
الإيضاح وكان بعض أصحابنا يفصل بين المسافر والمريض وإنه ليس بصحيح والصحيح أنهما يستويان وهو
قول الكرخي اختاره المصنف **قوله** وعنه أي عن أبي حنيفة في نية التطوع من المسافر روايتان في رواية

بن سماعة

ابن سماعة يقع عن الفرض لما ذكر في الكتاب أنه ما صرف الوقت إلا الأهم وهو إسقاط واجب عليه
وإنما قصد تحصيل الثواب وهو في الفرض أكثر وفي رواية الحسن يقع عما نوى من النفل لأن رمضان
في حقه كشعبان في حق المقيم ونيته في شعبان يقع عما نوى نفلا كان أو واجبا فكذلك هذا وأما
المريض إذا نوى عن التطوع فإن صومه يقع عن الفرض وهو الظاهر وقال الناطفي قياس التسوية
بين المريض والمسافر على رواية نوادر أبي يوسف يوجب أن يكون في المريض جائزا عن التطوع **قوله**
والضرب الثاني ما يثبت في الذمة المراد من الثبوت في الذمة كونه مستحقا فيها من غير اتصاله بالوقت
قبل العزم على صرفه ما إلى عليه كقضاء رمضان وصوم كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد
والحلق والمتعة وكفارة رمضان وكذلك النذر المطلق فإذا كان كذلك لا يجوز إلا بنية من الليل لكونه
غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء **وقوله** والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال أي قبل انتصاف النهار
سواء كان مسافرا أو مقيما خلافا لمالك فإنه يتمسك بإطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام
لمن لم ينو الصيام من الليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعد ما كان يصبح غير صائم إني إذا لصائم وعن عائشة
رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على نسائه ويقول هل عندكن من غداء فإن قلن لا قال
إني إذا لصائم وقوله ولأن المشروع ظاهر **وقوله** على ما ذكرنا إشارة إلى قوله ولأنه يوم صوم فيتوقف
الإمساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل **وقوله** ولو نوى بعد الزوال ظاهر مما تقدم وينبغي
للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان لأن الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما
قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بأصابعه وخنس إبهامه في الثالثة فإن رأوه صاموا وكلامه
واضح. **وقوله** ولا يصومون يوم الشك إلا تطوعا يوم الشك هو اليوم الذي يحتمل أن يكون آخر شعبان أو أول
رمضان لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوعا **وقوله** وهذه المسألة
على وجوه ذكرها المصنف خمسة ووجه الحصر أن من صام يوم الشك فإما أن يقطع في النية أو يتردد فيها
فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون فيما عليه أو لا فإن كان فيما عليه فإما أن يكون في نفل أو في غيره فالأول
هو الوجه الأول وغيره هو الثاني وإن كان في غير ما عليه فهو الثالث وإن كان الثاني فإما أن يكون
التردد في أصل النية أو في وصفها فالأول الرابع والثاني الخامس وهذا التقريب بين ما يكون بنا ويا
في التطوع والواجب الآخر وأما إذا أفرد فالوجوه سبعة كما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه
والمصنف ذكر الوجهين لكن لم يجعلهما وجهين مستقلين فالأول أن ينوي رمضان وهو مكروه
لما روينا من قوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوعا إلا أنه لا إيهام
صيغة نفي وهو يقتضي عدم الجواز لأنه بمعنى النهي لتحققه حسا وهو يقتضي المشروعية على ما عرف ولأنه
تشبه بأهل الكتاب يعني فيما فيه بله وذلك يوجب الكراهة على ما تقدم وقوله ثم إن ظهر ظاهر وقوله
لا في معنى المظنون لم يقل لأنه مظنون لأن حقيقة المظنون أن يثبت له الظن بعلة وجوبه بيقين في الحال
قد أداه فشرع فيه على ظن أنه لم يؤده ثم علم أنه أداه وأما هاهنا فلم يثبت وجوبه بيقين فلم يكن
مظنونا حقيقة إلا أنه في كل واحد منهما ما شرع مسقطا للواجب عنده لا ملزما فكان كل منهما
في معنى الآخر والثاني أن ينوي عن واجب آخر وهو مكروه أيضا لما روينا من قوله عليه السلام
لا يصام الحديث إلا أن هذا دون الأول في الكراهة لعدم استلزامه التشبه بأهل الكتاب وقوله
ثم إن ظهر ظاهر **وقوله** لأنه منهي عنه فيكون ناقصا وما في ذمته كامل فلا يتأدى الكامل بالناقص
كما لو صام يوم العيد عن واجب آخر **وقوله** لأنه المنهي عنه وهو التقدم على رمضان أي بحديث أبي هريرة
رضي الله عنه لا تتقدموا على رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين إنما هو بصوم رمضان لما سنذكر

وهو لا يوجد بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك اجابة دعوة الله يلازم كل صوم فان
قيل فعلى هذا كان الواجب ان لا يكون صوم ذلك اليوم مكروها اجاب بقوله والكراهة هنا لصورة النهي
قال في النهاية الا انا اثبتنا الكراهة لشبهة ولعموم نفي حديث آخر وهو قوله لا يصام اليوم الذي يشك
فيه الحديث وقال كثيره من الشارحين بصورة النهي لا لحقيقة النهي لان النهي ورد في التقدم بصوم رمضان
الا انه لما كان مثل صوم رمضان في الفرضية اثبتنا فيه نوع كراهة والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه
لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام الا تطوعا وهو باطلاقه حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء
بان لا يكون موافقا الصوم كان يصومه في ذلك اليوم واستدل على ذلك اليوم بقوله عليه الصلاة والسلام
لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الا ان يكون صوم يصومه رجل فليصم ذلك الصوم وهذا
نص على الجواز بناء واجاب المصنف بقوله والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا
بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤدى به قبل اوانه وفي ذلك تقدم الحكم على السبب وهو باطل
والدليل على ذلك ان ما قبل الشهر وقت للتطوع لا للشهر فلا يتصور التقدم بالتطوع فان قيل صوم رمضان هو ما يقع
فيه فكيف يتصور التقدم فيه اجيب بان معناه ان ينوي الفرض قبل الشهر وهذا كما يقال لا تقدم صلاة الظهر
على وقته فان معناه نواها قبل دخول وقتها فان قيل فما فائدة قوله عليه السلام يوم او يومين وحكم الاكثر من ذلك كذلك
اجيب بان يوما او يومين ما وصل الى حد الكثرة فيجوز ان يتوهم بان القليل معفو فيجوز كما في كثير من الاحكام فنفى ذلك
وقوله ثم ان وافق صوما ظاهر وقوله وان افرده يعني لم يوافق صوما يصومه وقال محمد بن سلمة الفطر افضل
احترازا عن ظاهر النهي وقال نصير بن يحيى الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه ويقولان
لان اصوم يوما من شعبان احب الي من ان افطر يوما من رمضان والمختار ان يصوم المفتي بنفسه تطوعا احتياطا
عن وقوع الفطر في رمضان ويفتي العامة بالتلوم الى الانتظار الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة اي تهمة
الروافض ذكر في الفوائد الظهيرية لا خلاف بين اهل السنة والجماعة انه لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه
من رمضان وقالت الروافض يجب ان يصام يوم الشك عن رمضان وقيل معناه لو افتى للعامة باداء
النفل فيه عسى ان يقع عندهم انه خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث نهى عن صوم يوم الشك وهو
اطلقه فيفتيهم بالافطار بعد التلوم نفيا لهذه التهمة والرابع ان يضجع في اصل النية التضجيع في النية
التردد فيها وكلامه ظاهر وقوله بين امرين مكروهين وهما صوم رمضان وواجب آخر في هذا
اليوم لان كراهة احدهما وهو نية صوم رمضان اشد من الآخر وقوله ثم ظهر ظاهر وقوله
لم شروعه فيه مسقطا يعني لا يلزمه لان الكلام فيما اذا نوى عن واجب آخر على تقدير وعن فرض رمضان
على تقدير فكان مسقطا للواجب عن ذمته وكذا قوله وان نوى عن رمضان ظاهر وقوله لما مر اشارة
الى قوله لعدم التردد في اصل النية وقوله ومن راى هلال رمضان وحده ظاهر وهل يقبلها او لا
لم يذكره فان كانت السماء وهو من المصر لم يقبل الامام شهادته لانه اجتمع ما يوجب القبول وهو العدالة
والاسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر فترجح جانب الرد لان الفطر من كل وجه جائز بعذر كما في
المريض والمسافر وصوم رمضان قبل رمضان لا يجوز بعذر من الاعذار فكان المصير الى ما يجوز بعذر اولى
وقيد بقوله والسماء مصحية وهو من المصر لانها اذا كانت متغيمة او جاء من خارج تقبل شهادته على ما
نذكر ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فانها تطلق القضاء بردها شرعا كما في شهادة
الفاسق وهي ههنا متمكنة لانه لما ساوى غيره في النظر ظاهرا والمنظر وحدة البصر ودقة المرئي وبعد
المسافة فالظاهر عدم اختصاصه بالرؤية من بين سائر الناس فيكون غالطا فيورث شبهة عدم الرؤية
وهذه الكفارات تندرئ بالشبهات لان جهة العقوبة فيها راجحة ولهذا لا يجري فيها التداخل ولا تجب على المعذور

والخاطئ

والخاطئ على ما عرف في الاصول ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه اي في وجوب
الكفارة فمن نظر الى ان المورث للشبهة وهو المذكور في الكتاب رد القاضي شهادته قال بوجوب
الكفارة قبل الرد لانتفائها بوجودها وتحقق الرمضانية لتيقنه بالرؤية ومن نظر الى ان يوم الصوم
يوم يصوم الناس فيه لقوله صلى الله عليه وسلم صومكم يوم تصومون الحديث وليس ما نحن فيه
من اليوم يوم يصوم الناس فيه لانه لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا اداء ولا قضاء فكان يوم الفطر
في حق الناس كانه لعدم التجزي وهذا المقتضي ان لا يجب عليه الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر في حقه
حقيقة وعارضه نص آخر وهو قوله عليه السلام صوموا لرؤيته اورث شبهة الاباحة فيما يندرئ
بالشبهات قال لعدم وجوبها ولو اكمل هذا الرجل ثلاثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب
عليه للاحتياط لجواز وقوع الغلط كما روي ان عمر رضي الله عنه خرج في الناس يتفقد رؤية الهلال
فقال واحد الهلال يا امير المؤمنين فامر عمر رضي الله عنه ان يمسح وجهه بالماء ثم قال له اين الهلال
قال فقدته فقال عمر رضي الله عنه لعل شعرة من شعرات حاجبك قامت فحسبتها هلالا والاحتياط
بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر يعني بعد الثلاثين لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده
وعملا بقوله عليه السلام وفطركم يوم تفطرون قال واذا كان بالسماء علة قبل الامام
شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال كلامه ظاهر وانما قال غير مقبول ولم يقل مردود لان
حكمه التوقف قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وقوله وفي اطلاق جواب الكتاب
يعني القدوري وهو قوله قبل الامام شهادة الواحد العدل يدخل المحدود في القذف بعد التوبة
وهو ظاهر الرواية لانه خبر اي ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظة الشهادة وعن ابي حنيفة انها
لا تقبل لانها شهادة من وجه من حيث ان وجوب العمل به انما كان بعد قضاء القاضي ومن حيث اختصاصه
بالقضاء ومن حيث اشتراط العدالة وكان الشافعي في قوله يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا يعني
قوله لانه امر ديني وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في هلال رمضان قال ابن
عباس رضي الله عنهما جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني رايت الهلال يعني هلال رمضان
فقال اتشهد ان لا اله الا الله قال نعم قال اتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال اذن في الناس فليصوموا
غدا وفيه دليل على قبول خبر الواحد كما ترى وقوله وصاموا ثلاثين يوما يعني ولم يروا الهلال
لا يفطرون وهو مبني على ما روي عن محمد ما تقرر ان الشيء قد يثبت ضمنا ولم يثبت ابتداء كبيع الطريق والشرب
وقوله كاستحقاق الارث بناء على النسب انما يعني على قولهما وقوله ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقوله واذا لم يكن بالسماء علة بين اهل المصر وغيره من خارج وذكر الطحاوي انه يقبل شهادة
الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه اشار ما ذكره الطحاوي الاشارة في كتاب الاستحسان
ولفظه فان كان الذي يشهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته وجه الاشارة
ان التقييد في الرواية بذلك يدل على نفي ما عداه فكان تخصيصه بالمصر ونفي العلة في عدم قبول الشهادة
دليلا على قبولها اذا كان الشاهد خارج المصر وكذا قوله واذا كان بالسماء علة وقوله وهو الاصح
احترازا عما روي في النوادر عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به امر ديني وهو ظهور
وقت الحج وقوله لانه تعلق به نفع العباد دليل الاضحى وقوله وان لم تكن بالسماء علة يعني في هلال
الفطر وقوله كما ذكرنا اشارة الى قوله لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة الى آخره وقوله
ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني قيل العبرة للاول لطلوعه وقيل لاستنارته وانتشاره قال
شمس الائمة الحلواني الاول احوط والثاني اوسع وقوله والخيط الابيض يعني الخيط الابيض اول

مايبدو وامن الفجر الصادق وهو المستطير اي المنتشر المعترض في الافق كالخيط الممدود والخيط الاسود
ما يمتد معه من غبش الليل وهو الفجر المستطيل والكاذب وذنب السرحان شبههما بخيطين ابيض واسود
وموضعه على البيان واكتفى ببيان الخيط الابيض بقوله من الفجر عن بيان الاسود لان البيان في احدهما
بيان في الاخر قوله والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية
قيل هو منقوض طردا وعكسا اما عكسا فباكل الناسي فان صومه باق والامساك فائت واما طردا ففيمن
اكل قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لان النهار اسم لزمان هو مع الشمس وكذلك في الحائض والنفساء فان
هذا المجموع موجود والصوم فائت واجيب عن الاول بمنع فوت الامساك لان المراد به الامساك
الشرعي وهو موجود وعن الثاني بان المراد بالنهار النهار الشرعي وهو اليوم بالنص وهو قوله تعالى
وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض الاية وعن الثالث الحائض والنفساء بان الحائض خرجت
عن اهلية الاداء شرعا قوله والطهارة عن الحيض والنفاس شرط المراد بالطهارة منهما عدمهما
لا ان يكون المراد بها الاغتسال

باب ما يوجب القضاء والكفارة

لما فرغ من بيان
انواع الصوم وتفسيره شرع في بيان ما يجب عند ابطاله لانه امر عارض على الصوم فناسب ان يذكر
موخرا واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك رحمه الله
لوجود ما يضاد الصوم ووجود مضاد الشيء مفسد له لاستحالة وجود الضدين معا فصار كالكلام
ناسيا في الصلاة وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم للذي اكل او شرب ناسيا تم على صومك
فانما اطعمك الله وسقاك قيل هذا الحديث معارض للكتاب وهو قوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل
لان الصيام امساك وقد فات فالاية تدل على بطلانه لان انتفاء ركن الشيء يستلزم انتفاءه لا محالة
والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه واجيب بان في الكتاب دلالة على ان النسيان معفو عنه
لقوله تعالى ربنا لا تواخذنا ان نسينا او اخطانا فكان الحديث موافقا للكتاب فيعمل به ويحمل قوله تعالى
ثم اتموا الصيام على حالة انتفاء الاعدام عمدا لان الاعدام فعل اختياري فلا يفوته فان قيل سلمنا ذلك
لكن النص ورد في الاكل والشرب على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع اجاب بقوله واذا ثبت
هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في ركنيته يعني ثبت بالدلالة لا بالقياس لان كلا
منهما نظير الاخر في كون الكف عن كل منهما ركنا في باب الصوم قوله بخلاف الصلاة جواب عن
قوله فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وهذا واضح وكذا قوله ولا فرق بين الفرض والنفل قوله ولو
كان مخطئا بان كان ذاكرا للصوم غير قاصد للشرب فتمضمض فسبقه الماء فدخل حلقه او مكرها
فعليه القضاء عندنا خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي فان الناسي قاصد للشرب دون الخاطي
فاذا كان فعل القاصد معفوا ففعل غير القاصد اولى ولنا انه لا يغلب وجوده اي الاعتبار فاسد
لانه على خلاف القياس وكذا الالحاق بالدلالة لانه ليس في معنى النسيان فان النسيان غالب
غالب الوجود والخطاء والاكراه ليسا كذلك ولان النسيان من قبل صاحب الحق بخلاف غيره فيفترقان
كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة فان المقيد اذا صلى قاعدا لعذر القيد قضى بخلاف المريض قوله ولو نام
فاحتلم لم يفطر لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولانه
لم يوجد صورة الجماع ولا معناه اما الاول فلعدم الايلاج في الفرج واما الثاني فلعدم الانزال عن شهوة
بالمباشرة اعني مس الرجل المراة وكذا اذا نظر الى وجه امراة او فرجها فامنى اي انزل المني لا يفطر لما بينا
انه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى وصار كالمتفكر في امراة حسناء اذا امنى وكالمستمني بالكف يعني اذا
عالج ذكره بيده حتى امنى لم يفطر على ما قالوا اي المشايخ وهو قول ابي بكر الاسكاف وابي القاسم لعدم الجماع

صورة ومعنى

صورة ومعنى وعامتهم على انه يفسد صومه قيل فيه نظر لان معنى الجماع يعتمد المباشرة
على ما قلنا ولم يوجد واجيب بان معناه وجد ما هو المقصود من الجماع وهو قضاء الشهوة
وهل يحل له ان يفعل ذلك ان اراد الشهوة لا يحل لقوله عليه السلام ناكح اليد ملعون وان
اراد تسكين ما به من الشهوة ارجو ان لا يكون عليه وبال ولو ادهن او احتجم لم يفطر لعدم
المنافي قوله لما روينا يعني به قوله عليه السلام ثلاث لا يفطرن الصائم ولو اكتحل
لم يفطر وان وجد طعمه في حلقه لانه ليس بين العين والدماغ منفذ فما وجد في حلقه من طعمه
انما هو اثره لا عينه فان قيل لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع اجاب بان الدمع يترشح
كالعرق يعني انه داخل من المسام والداخل منها لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد فوجد برودة
الماء البارد في كبده فان قيل هذا التعليل في مقابلة النص فهو باطل وذلك لما روي معبد بن
هوذة الانصاري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عليكم بالاثمد المروح وقت النوم وليتقه الصائم
اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم ندب الى صوم عاشوراء والاكتحال فيه وقد اجمعت الامة على الاكتحال
يوم عاشوراء فهو راجح على الاول ولو قبل ولم ينزل لم يفسد صومه لعدم المنافي صورة ومعنى على
ما ذكرنا بخلاف الرجعة والمصاهرة فانهما يثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا باللمس ولم ينزل لان حكمهما
ادير على السبب يثبت بسبب الجماع وكذا يثبت به ولهذا يتعلق بعقد النكاح لانه سببهما على الاحتمال
اما فساد الصوم فانه يتعلق بالجماع اما صورة او معنى لا بسببه حتى لم يفسد بعقد النكاح وفيما
نحن فيه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى فلم يفسد الصوم قوله على ما ياتي في موضعه اي في
باب الرجعة وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع وهو قضاء
الشهوة بالمباشرة ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة
فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود وهذا لان الكفارة اعلى عقوبات المفطر فلا
ولا بد فيها من الاعلى نوع الجناية بها بنيها ولم توجد نهايتها لان ها هنا جناية من جنسها ابلغ منها وهو
الجماع صورة ومعنى قوله ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اختلف المشايخ في مرجع هذا الضمير
في قول محمد فقال بعضهم اراد به الامن عن الوقوع في الجماع وقال بعضهم اراد به الامن عن خروج
المني قوله ويكره اذا لم يامن والشافعي اطلق فيه في الحالين اي في جواز القبلة في
حال امنه على نفسه وعدمه والحجة عليه ما ذكرنا يعني قوله لانه عينه ليس بفطر الى آخره والمباشرة
الفاحشة وهي ان يتعانقا متجردين ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها مثل التقبيل في ظاهر الرواية
يكره اذا لم يامن ولا يكره اذا امن وعن محمد وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة انه كره المباشرة الفاحشة
للصائم لانه قلما يخلو عن الفتنة قوله واختلفوا اي المشايخ في القطر في الحليل فقال بعضهم الكثير يفسد
والقليل لا يفسد وقال بعضهم على العكس وقال بعضهم لا يفسدهما وهو الصحيح لحصول المفطر معنى ولا
مكان الاحتراز عنه ولو اكل لحما بين اسنانه فان كان قليلا لم يفطر وان كان
كثيرا افطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولو
اكل القليل من خارج افطر على ما يذكر فكذا اذا اكل من فمه ولنا ان القليل تابع لاسنانه لا يمكن الاحتراز
عنه فكان بمنزلة ريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد بخلاف الكثير لانه لا يبقى بين الاسنان فكان الاحتراز
عنه ممكنا والفاصل مقدار الحمصة فهو كثير وما دونه قليل لاختلاف فقدر الله هو ما بالنجاسة فانه
الفاصل بين القليل والكثير وهو داخل في القليل لانه اخذ من قبل موضع الاستنجاء وذلك القدر في
الاستنجاء معفو بالاجماع حتى لم يفترض الاستنجاء واكتفي في اقامة سنة الاستنجاء بالحجر والمدر وهو

لا تقلع النجاسة فصار قدر الدرهم معفوا في غير موضع الاستنجا ايضا قياسا عليه واما ها هنا فقد ر الحمصة
لا ينفي في فرج الانسان غالبا فلا يمكن الحاقه بالريق فصار كثيرا **وقوله** وان اخرجه واخذ بيده ظاهر
وقوله لانه طعام متغير فصار كاللحم المنتن ولابي يوسف انه يعافه الطبع اي يكرهه فصار من جنس
ما لا يتغذى به كالتراب **قال** فان ذرعه القي اي سبق الى فيه وغلبه فخرج وهو لا
يفسد الصوم لقوله صلى الله عليه وسلم من قا فلا قضاء عليه ومن استقا عمدا فعليه القضا الحديث
وقا واستقا بمد ودان يقال قضاما اكل اذا القاه واستقا وتقيا تكلف في ذلك وكلامه واضح الا ما
يتنبه عليها قوله تستوي فيه اي في القي الذي ذرعه وقوله فلو عاد يعني ما ذرعه **وقوله** عند محمد لا
يفسد قيل وهو الصحيح لانه لا يمكن الاحتراز عنه عن خروجه لا يمكن عن عوده فجعل عفوا وقوله لانه
غير خارج تعليل ابي يوسف **وقوله** ولا صنع له في الادخال تعليل محمد وقوله فان استقا عمدا يشير
الى انه لو استقا ناسيا الصوم لا يفسد صومه كما لو اكل ناسيا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام
ومن استقاء عمدا فعليه القضا وقوله فعنه اي عن ابي يوسف **وقوله** لما ذكرنا يريد به عدم الخروج
وعنه اي عن ابي يوسف وقوله لكثرة الصنع وهو صنع الاستقا وصنع الاعادة ومن ابتلع الحصاة او
الحديد افطر لوجود صورة الفطر باتصال الشي الى باطنه ولا كفارة عليه لعدم معنى الفطر وقد تقدم
ان الكفارة اقصى عقوبة في الافطار فيحتاج الى كمال الجناية لان في نقصانها شبهة العدم وهي تندري بالشبهة
وقال مالك تجب عليه لانه مفطر غير معذور وكل من هو كذلك تجب عليه عنده **وقوله** ومن جامع عمدا
ظاهر **وقوله** اعتبارا بالاغتسال يعني انه اذا دخل ولم ينزل وجب عليه الغسل فكذلك الكفارة فان قيل
الكفارة تندري بالشبهات وانتفى معنى الجماع وهو قضاء الشهوة يورث الشبهة والاغتسال يجب بالاحتياط
فقياس احدهما على الاخر لا يكون صحيحا فالجواب انا نمنع انتفاء معنى الجماع لان قضاء الشهوة يتحقق دون الانزال
والانزال شبع وليس بشرط الا ترى ان من اكل لقمة وجبت عليه الكفارة وان لم يوجد الشبع والى
هذا اشار بقوله وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه ولو جامع في الموضع المكروه فعن ابي حنيفة
في وجوب الكفارة روايتان في رواية الحسن لا كفارة عليه اعتبارا بالحد عنده فانه لم يجعل هذا الفعل
جناية كاملة في ايجاب العقوبة التي تندري بالشبهات وهذه عقوبة تندري بالشبهات كالحد
وفي رواية ابي يوسف عنه ان عليهما الكفارة وهو الاصح لانها جناية متكاملة لقضاء الشهوة
انما يدعي ابو حنيفة النقصان في معنى الزنى من حيث انه لا يحصل به افساد الفراش ولا
معتبر به في ايجاب الكفارة ولا يلزم من انتفا ما هو عقوبة كاملة انتفا ما فيه معنى العقوبة
ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل لان السبب الكفارة عند الجماع
المعدم للصورة وقد وجد ولنا ان الكفارة تعتمد الجناية الكاملة وتكاملها بقضاء الشهوة
في محل مشتهى ولم يوجد الا ترى ان الطباع السليمة تنفر عنها فان حصل به قضاء الشهوة فذلك
لغلبة الشبق او لفرط السفه فهو كمن يتكلف لقضاء شهوته بيده لا يتم جنايته في ايجاب الكفارة
فكذا هذا وقوله اعتبارا بالاغتسال والمعنى ان هذه مونة اوقعها الزوج فيها فتحملها عنه
كثمن الاغتسال ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من افطر في نهار رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر
وكلمة من تنتظم الاناث كالذكور قال الله تعالى ومن يقنت منكن ولان سبب الكفارة جنايته افساد
الصوم لا نفس الوقاع لانه تصرف في ملكه وقد شاركته في ذلك فوجبت عليه وهذا الجواب
عن قوله الاول وقوله ولا تحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيها التحمل جواب عن قوله الثاني ولو
اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضا والكفارة وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة

عليه

عليه لانها شرعت في الوقاع بالنص على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة بيانه ان الاعرابي
جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تائبا نادما والتوبة رافعة للذنب بالنص ومع ذلك اوجب
النبي صلى الله عليه وسلم الكفارة فعلم انها تثبت على خلاف القياس وما كان كذلك لا يقاس عليه
غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وهو الافطار صورة باتصال
شي الى الجوف ومعنى بقضاء الشهوة لما روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر ورتب بيان السبب المفطر ولما روي ان رجلا سال فقال
يا رسول الله افطرت في رمضان فقال عليه الصلاة والسلام من غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال
اعتق رقبة ولم يساله عما افطر به فدل على ان الحكم لا يختلف الا ترى انه ساله عن حاله بالمرض
والسفر لاختلاف حكم الحال والجناية بالافطار على وجه الكمال فلا مطابقة بين الدليل
والمدلول اجيب بان المقصود الاصلي هو ذلك واما وجوب الجناية على وجه الكمال فثابت
بمساعدة الخصم لكنه يقول على وجه خاص ونحن ننفيه وعورض بالكفارة بنفس الوقاع لان
النبي عليه الصلاة والسلام الزم الكفارة الا في مقابلة ما سئل عنه من الوقاع والجواب ان
تعلقها به اما ان يكون من حيث انه وقاع او من حيث انه وقاع في نهار رمضان فان كان
الاول فليس في الاهل جناية فلا يستلزمها وان كان الثاني فمسلم وهو المطلوب لانه جناية
بالافطار على وجه الكمال بجهة خاصة واذا كان غيره في معناه الحق به دلالة لا قياسا وتمام
تقريره مذكور في التقرير **وقوله** بايجاب العتق والاعتاق تكفير جواب عن قول الشافعي
لارتفاع الذنب بالتوبة وتقريره لا نسلم ان هذه مكفرة لها بل الجناية ترتفع بالتوبة
فان الشرع لما اوجب الاعتاق كفارة هذه الجناية علم انها غير مكفرة لها كجناية السرقة
والزنا حيث لا يرتفعان بمجرد التوبة بل بالحد وقوله والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا
يعني من حديث ابي هريرة وحديث الاعرابي وهو مشهور ظاهر وقوله يفرق قلة تقلام
معناه **وقوله** وهو اي حديث الاعرابي حجة على الشافعي في قوله خير ان مقتضاه الترتيب
وهو ظاهر وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه بقوله صم شهرين متتابعين قال في النهاية معناه
ان نسبة التخيير الى الشافعي ونفي التتابع الى مالك سهو بل الشافعي يقول بالترتيب
كما يقول دل على ذلك كتبهم وكتب اصحابنا والقائل بعدم التتابع هو ابن ابي ليلى القائل بالتخيير
احتج بحديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
اني افطرت في رمضان فقال اعتق رقبة او صم شهرين او اطعم ستين مسكينا وقلنا حديث الاعرابي
مشهور ولا يعارضه هذا الحديث فيحمل على ان المراد به بيان ما به يتادى الكفارة في الجملة لا التخيير
واحتج القائل بنفي التتابع بالقياس على القضا وما رويناه حجة عليه لان القياس في مقابلة النص
فاسد **قال** ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه القضا اراد بالفرج القبل والدبر
وكان ما دونه هو التفخيذ والتبطين والجماع فيه جماع معنى فاوجب القضا وليس به صورة
فلا كفارة عليه وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة لان الكفارة في افطار صومه وجبت
بالنص على خلاف القياس فلا قياس وليس غيره في معناه لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية
لكونها جناية على الصوم والشهر جميعا وغيره جناية على الصوم وحده لان الوقت غير متعين
له لكن فلا يلحق به غيره بخلاف الكفارة في الحج حيث يستوي فيهما الفرض والنفل لان وجوبها
لحرمة العبادة وهما فيها سوا ومن احتقن او استعط اي استعمل الدوا بالحقنة او السعوط

وهو الدوا الذي يصب في الانف وهما على بناء الفاعل او اقطر في اذنيه على بناء المفعول قاله
صاحب النهاية كذا وجدت بخط شيخي افطر لقوله عليه السلام انما الفطر مما دخل وكان هو اوضح
وقوله وان داوا جايفة او امة الجايفة اسم لجراحة وصلت الى الجوف والامة اسم لجراحة
وصلت الى الدماغ والذي يصل هو الرطب وانما قيد بالرطب لان في ظاهر الرواية فرق بين
الدوا الرطب واليابس واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان الدوا اليابس وصل الى
جوفه فسد صومه وان علم ان الرطب لم يصل الى جوفه لا يفسد صومه عنده الا انه ذكر اليابس
والرطب بنا على العادة فاليابس انما يستعمل في الجراحة لاستمساك راسها بها فلا يتعدى الى الباطن
والرطب يصل الى الباطن عادة فلهذا افرق بينهما ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف يفطر وقال ابو سليمان الجورجاني في الاصل جعل ما ذكر قول محمد لانه شك في وجود المنفذ
من الاحليل الى الجوف وتكلموا في الاقطار في اقبال هو على هذا الاختلاف وقيل بشبه الحقنة فتفسد
الصوم بالاختلاف قيل وهو الاصح وقوله ومن ذاق شيا بفمه الذوق بالفم قوة منبثة في
العصب المفروش على جرم اللسان وادراك الذوق بمخالطة الرطوبة اللعابية المنبعثة من الالة
المسماة بالملعبة بالمذوق ووصولها الى العصب وليس في هذا المعنى ما يوجب الفطر لا صورة ولا معنى
ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد بسبيل التسبب لان الجاذبة قوية اذا كان صايما فلا يامن
ان يجذب منه شيا الى الباطن وقوله لما بينا اشارة الى التعريض وقوله ومضغ العلك لا يفطر اطلق
محمد في الكتاب وهو يدل على ان الكل واحد والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره المشايخ وقوله الا انه
يكره استثنا من قوله ومضغ العلك لا يفطر وقوله ولانه متهم بالافطار يعني ان من يراه يتهمه بتوهم انه
ياكل شيا فيتهمه وقال علي رضي الله عنه اياك وما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره وقوله
ويكره ظاهر والكراهة تستلزم عدم الاستحباب ولا ينعكس لان المباحات لا يوصف بهما قال
ولا باس بالكحل ودهن الشارب يجوز ان يكون لفا منهما مفتوحا فيكون مصدرا ان من كحل عينه كحلا ودهن
راسه دهنا اذا طلاه بالدهن ويجوز ان يكون مضموما ويكون معناه ولا باس باستعمال الكحل والدهن
فان قيل ما وجه تكرير مسالة الكحل فانه قال ولو اكتحل لم يفطر ثم قال ولا باس بالكحل ثم قال ولا باس بالاكتحال
اجيب بان الاول وضع القدوري والثاني وضع الجامع الصغير والثالث وضع الفتاوى ولكل منها
فايدة فاما فايدة الاول فما استفيد من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه ان لا يكون مكروها بل
يجوز ان يكون ولا يفطر كما اذا ذاق بلسانه شيا فبالثاني نفى ذلك ثم قيل يختلف حكمه بين الرجال
والنسا كما في العلك فاعلم بالثالث انهما لا يفترقان اذا لم يقصد الرجل الزينة وقوله لانه يعمل عمل
الخضاب يعني في الخضاب جاءت السنة لكن لحاجة غير الزينة والقبضة بضم القاف وقد روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ياخذ من اللحية من طولها وعرضها اورده ابو عيسى في جامعه
وقال من سعادة الرجل خفة لحيته وذكر ابو حنيفة رحمه الله في اثاره عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
ان عبد الله بن عمر كان يقبض على لحيته ويقطع ما ورا القبضة وبه اخذ ابو حنيفة وابو يوسف
ومحمد رحمه الله وقوله ولا باس بالسواك الرطب بالغداة والعشي ذكر محمد في الاصل انه لا باس
للصايم ان يستاك بالسواك الرطب ولم يذكر ان رطوبته بالما او بالرطوبة الاصلية التي تكون للاشجار
ولا ذكر انه بله بريقه او بالما وذكر في الجامع الصغير لا باس بالسواك الرطب بالما للصايم في الفريضة
فكان تفسيرا لما ذكر في الاصل ويدل على ان الرطب بالرطوبة الاصلية بالالحاق ولهذا قال المصنف
لا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالما لقوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصايم السواك من

وقال محمد مضطرب ذكر قوله في الاصل مع ابي حنيفة وذكره الطحاوي في مختصره مع ابي يوسف صح

غير فصل

غير فصل بين الرطبين بين الغداة والعشي ويلتحق به ما قال ابو يوسف ان الرطب بالما مكروه
لما فيه من ادخال الما في الفم وذلك لان ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة اكثر مما يبقى بعد
السواك ثم لم يكره للصايم المضمضة فكذا السواك وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لان فيه
ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف قال صلى الله عليه وسلم فيما يحكيه عن ربه الصوم لي وانا اجزي
به ولخلوف فم الصايم اطيب عند الله من ريح المسك وما يكون محمودا عند الله فسبيله ان لا يزال
كما في دم الشهيد والخلوف مصدر خلف فوه اذا تغيرت رايحته لخلو المعدة عن الاكل بالضم لا غير قلنا هو اثر العبادة
فاللايق به الاخفا فرارا من الريا بخلاف دم الشهيد فانه اثر الظلم فيحتاج الى الانتصاف من خصمه فلا بد
من خصمه فلا بد من الاستبقا وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام خير خلال الصايم السواك

فصل لما ذكر مسايل الصوم شرع في هذا الفصل ببيان وجوه الاعذار المبيحة للافطار
في الصوم وما يتعلق بها وكلامه واضح وحاصله ان الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه الى ما يزداد
بالصوم والى ما يخف به وما يخف به لا يكون مرخصا لا محالة فجعلنا ما يزداد به مرخصا لخوف الهلاك الموجود
ما هو الاصل في الباب وهو المشقة فيه ومعرفة ذلك اما ان يكون باجتهاده بان يعلم من نفسه انه ما
زاد شكاه او عينه وجعا واما بقول طبيب حاذق مسلم والشافعي اعتبر خوف الهلاك او فوات العضو لما في
التيمم واما السفر فنفسه مرخص لانه لا يعرى عن المشقة فاذا كان مسافرا لا يضره الصوم فالصوم
افضل عندنا خلافا له هكذا نقلت هذه المسالة في كتب اصحابنا على خلاف ما وقعت في كتب الشافعي فان الغزالي
رحمه الله ذكر ان الصوم احب من الافطار في السفر لتبرا ذمته استدل الشافعي
بقوله صلى الله عليه وسلم في سفر فراى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا فقالوا صايم
فقال او اصابهم فقال ليس من البر الحديث ولنا ان رمضان افضل الوقتين لان غيره من ايام اخر
كالخلف عن رمضان والخلف لا يساوي الاصل بحال وما رواه محمول على حالة الجهد نعلم الجهد
اي المشقة على ما ذكرنا في سببه اتفاقا وقوله وان مات المريض او المسافر وهما على حالهما اي من
المرض والسفر لم يلزمهما القضا لان الله تعالى اوجب عليهما القضا في عدة ايام اخر ولم يدركا عدة
من ايام اخر وقوله ولو صح المريض ظاهر وقوله وفايدته اي فايدة لزوم القضا وجوب الوصية
بالاطعام بقدر الصحة والاقامة فاذا اوصى يؤدي الوصي من ثلث ما له لكل يوم مسكينا بقدر ما
يجب في صدقة الفطر وان لم يوص وتبرع الورثة جاز وان لم يتبرعوا لا يلزمهم الاداء لا يسقط
في حكم الدنيا وذكر الطحاوي فيه اي في وجوب الوصية خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وبين محمد رحمه الله فقال ولو زال عنه العذر وقدر على قضا البعض دون البعض
فانه ينظر ان قضى فيما قدر ولم يفرط فيه ثم مات فلا يلزمه قضا ما بقي لانه لم يدرك من الوقت
الا قدر ما قضى وان لم يصم فيما قدر عليه حتى مات وجب عليه الكل في قول ابي حنيفة وابي
يوسف لانه ما قدر يصلح فيه قضاء اليوم الاول والذي بعده وهلم جرا فلما قدر على قضا
البعض فكانه قدر على قضاء الكل ولم يصم وليس كذلك اذا صام فيما قدر لانه بالصوم تعين
انه لا يصلح فيه قضا يوم اخر وقال محمد لا يلزمه القضا الا مقدار ما قدر عليه لانه ما ادرك
الا ذلك فلم يلزمه غيره قال المصنف ليس بصحيح يعني ان الصحيح قولهما فقول محمد وانما الخلاف
في النذر وهو ان يقول المريض لله علي ان اصوم شهرا فان مات قبل ان يصح لم يلزمه شي وان صح يوما
واحدا لزمه ان يوصي بجميع الشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لزمه
بقدر ما صح لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله فصار كقضا رمضان والفرق لهما بين قضا رمضان

والنذر ما ذكر في الكتاب ان النذر سبب وقد وجد والمانع وهو عدم صحة الذمة لالتزام ادائه قد
زال بالبرء واذا وجد السبب المقتضي وزال المانع يظهر الوجوب لا محالة وصار كصحيح نذر ومات
قبل الادا واذا ظهر الوجوب ولم يتحقق الادا يصار الى الخلف وهو الفدية وفي هذه المسئلة السبب
ادراك العدة وادراكها لم يتحقق بكماله بل بعضها تحقق فينفك بقدره وفيه بحث من وجهين احدهما
ان القضا يجب بما يجب به الادا عند المحققين وسبب الادا شهود الشهر فكذا سبب القضا والثاني
ان جز السبب ليس له حكم كله فلا يكون لبعض السبب اثر في بعض الحكم والجواب عن الاول انا كذلك ليس
فيما يتعلق به نفس الوجوب بل فيما يتعلق به تسليم الواجب او مثله وهو الخطاب وهذا من مزال
الاقدام فلا يغفل وعن الثاني بان جز السبب لا يجوز ان يؤثر في كل حكم والا كان هو العلة فلما
فرضناه جزا لا يكون بجزء هذا خلف باطل واما ان يكون جز السبب علة تامة لبعض الحكم فلا مانع عنه
الا ترى ان باب العدد والجنس يحرم الفضل والنسا وباحدهما يحرم النسا وكل ذلك قررناه في
التقرير مستوفى (قال) وقضا رمضان ان شا فرقه وان شا تابعه الصوم المذكور في كتاب
الله ثمانية اربعة منها متتابعة واربعة صاحبها فيها بالخيار اما المتتابع فصوم رمضان وكفارة القتل
والظهار واليمين عندنا واما غيره فقضا رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزا الصيد اما
صوم رمضان فلا كلام لاحد في وجوب التتابع فيه واما غيره فقد ضبطه المشايخ بان كل ما شرع فيه وما
لا فلا يكون قضا رمضان مما فيه لمن عليه الخيار ولان النص مطلق والعمل به واجب وفيه بحث من وجهين
احدهما ان القضا يحكي الادا والتتابع واجب في الادا فكان مغنيا عن تقييد نص القضا والثاني ان
ابي بن كعب قرا فعدة من ايام اخر متتابعات فهلا اعتبرتم قراءته مقيدة كما فعلتم بقراءة ابن مسعود في كفارة
اليمين والجواب عن الاول ان الامر لو كان على ما ذكرتم لما قال صلى الله عليه وسلم لمن سأله عن تقطيع قضا
رمضان ذلك اليك ارايت لو كان على احدكم دين فقضاه الدرهم والدرهمين الم يكن قضا قال نعم قال فالله احق
ان يعفو ويغفر فانه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بذلك وعن الثاني ان قراءة ابي لم تشتهر اشتهار قراءة
ابن مسعود فكان تخصيص الواجب فلا تزاد به على كتاب الله (قوله) لكن المستحب المتابعة اي التتابع
مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخر القضا حتى دخل رمضان اخر صام الثاني لانه في وقته وقضى
الاول بعده لانه وقت القضا ولا فدية عليه خلافا للشافعي فانه يوجب مع القضا لكل يوم طعام مسكين
ويروى ذلك عن ابن عمر ويقول القضا يتوقت بما بين رمضانين مستدلا بما روي عن عائشة انها كانت
تؤخر ايام الحيض ثم يجعل تاخير القضا عن وقته كتاخير الادا عن وقته وتاخير الادا لا ينفك عن موجب فكذا
تاخير القضا وهذا كما ترى ليس فيه ما يعول عليه لان تاخيرها القضا الى شعبان قد يكون اتفاقا ولو سلم
ذلك فايجاب الفدية لا اصل له لانه لا فدية في الشرع على القادر على الاصل وبالتاخير لم يثبت العجز ولنا ان
الله تعالى امر بالقضا مطلقا والامر المطلق لا يوجب الفور بل على التراخي ولهذا لو تطوع جاز بالاتفاق وهذا
مروي عن علي وابن مسعود (قوله) والحامل والمرضع قال في الذخيرة المراد بالمرضع هاهنا الظئر لان
الام لا تفطر اذا كان للولد اب لان الصوم فرض عليها دون الارضاع وقال الشيخ شيخ عبد العزيز ينبغي
ان يشترط يسار الاب او عدم اخذ المرضع ضرع غير الام وقوله لانه افطار بعذر قيل نعم هو عذر
لكن في نفس الصائم لا لاجل غيره ومثله لا يعتد به الا ترى انه لو اكره على شرب الخمر بقتل ابيه وابنه لم يحل
الشرب واجيب بان الحامل والمرضع مامورة بصيانة الولد مقصودة وهو يتاتى بدون الافطار عند
الخوف فكانت مامورة بالافطار والامر بالافطار رفع الكفارة التي بناؤها على الوجوب عن الافطار لا يجتمعان لـ
بخلاف الاكراه فانه ليس كل احد مامورا قصدا بصيانة غيره بل نشا الامر هنالك من ضرورة حرمة القتل

والحكم يتفاوت

والحكم يتفاوت بتفاوت الامر قصدا او ضمنا (قوله) فيما اذا خافت على الولد يعني اذا خافت
الحامل على نفسها لا يجب الفدية بالاتفاق واذا خافت على ولدها فافطرت وجب القضا
والفدية على اصح اقواله عنده هو يعتبر بالشيخ الفاني فان الفطر حصل بسبب نفس عاجزة
عن الصوم خلقة لا علة فيجب الفدية كفطر الشيخ الفاني ولان فيه منفعة نفسها وولدها
فبالنظر الى نفسها يجب القضا وبالنظر الى منفعة ولدها يجب الفدية ولنا ان الفدية
فيه يثبت بالنص على خلاف القياس فلا يصح القياس والفطر بسبب الولد ليس في معناه لان
الشيخ الفاني عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا الا ترى انه لو كان له مال لم يجب
على ماله ولا يتضاعف بتضاعف الولد فلا يلحق به دلالة ايضا (قوله) والشيخ الفاني وصف
بما بين المراد به بقوله الذي لا يقدر على الصوم وسمي فانيا اما لقربه الى الفنا او لانه فنيت
قوته ووجوب الفدية عليه مذهبنا وقال مالك لا يجب عليه الفدية لان الاصل وهو الصوم
لم يجب عليه فلا يجب خلفه وقلنا السبب وهو شهود الشهر ثابت وله ذمة لو تحمل المشقة وصام
وقع عن فرضه وانما يباح له الافطار بعذر ليس بعرض الزوال حتى يصار الى القضا كالمرض والسفر
فوجبت الفدية بدلا عما وجب عليه الصوم والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية
قال اهل التفسير معناه لا يطيقونه فهو كقوله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا اي ان لا تضلوا روي عن الشعبي
انه قال لما نزلت قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه كان الاغنيا يفطرون ويفدون والفقرا يصومون
بناء على ان في ابتداء الاسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية ثم نسخت بعد ذلك بقوله تعالى فمن
شهد منكم الشهر فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به اجيب بان الاية ان وردت في الشيخ
الفاني كما ذهب اليه بعض السلف فظاهر وان وردت في التخيير فكذلك لان النسخ انما يثبت في حق
القادر على الصوم فبقي الشيخ الفاني على حاله كما كان (قوله) ولو قدر على الصوم يعني بعدما فدى
بطل حكم الفدا وصار كان لم يكن ووجب عليه الصوم فان قيل القدرة على الاصل بعد حصول المقصود
بالخلف لا يبطل الخلف كما لو قدر على الما بعدما صلى بالتيمم وهاهنا حصل المقصود وهو تفريغ
الذمة عما وجب عليه اجيب بان القدرة هاهنا على الاصل انما هي قبل حصول المقصود بالخلف
لان دوام هذا العجز الى الموت شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفاني هو الذي يزداد ضعفه
كل وقت الى موته واليه اشار بقوله لان شرط الخليفة استمرار العجز (قوله) ومن مات وعليه
قضا رمضان اي قريب منه لان الايصا بعد الموت غير متصور (قوله) لانه عجز عن الادا في
اخر عمره استعمل الادا في موضع القضا والعجز عن القضا بحيث لا يرتجى في معنى الشيخ الفاني فيلحق به
دلالة بالطريق الاولى لان عجز الميت الزم ثم لا بد من الايصا لان لزام الوارث فاذا لم يوص فللوارث
ان يخرجه ولا يلزمه واذا اوصى اخرج عنه من ثلث المال مقدار صدقة الفطر عندنا خلافا للشافعي
في جميع ذلك اما خلافه في المقدار فلان المقدار الواجب عنده مد واما في الباقي فلانه يعتبر هذا الدين
بديون العباد بجامع ان كلا منهما حق مالي تجري فيه النيابة فكما ان ديون العباد تخرج من جميع المال وان
لم يوص فكذلك هذا ولنا انه فعل عبادة وكل ما هو عبادة لا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصا دون
الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتدا لان الصوم فعل مكلف به وسقطت الافعال بالموت فصار
الصوم كانه سقط في حق الدنيا فكانت الوصية باداء الفدية تبرعا بخلاف دين العباد الى
الاموال وكذلك الوصية بالزكاة واذا كان تبرعا يعتبر من الثلث وانما قال انه يلزم الاهالي في الاخرة بتوبة
عن الواجب على الميت والصلاة كالصوم استحسانا فان النص الوارد بالفدا في الصوم غير معقول المعنى

فالقياس ان يقتصر عليه لكن النص الوارد فيه يجوز ان يكون معلولا بعلة مشتركة بينه وبين الصلاة وان
كان لا نعقله والصلاة نظير الصوم بل اهم فامر المشايخ بالفدا فيها احتياطا وموضعه الاصول وقوله
هو الصحيح احتراز عما قاله محمد بن مقاتل اولا انه يطعم عنه بصلاة كل يوم نصف صاع على قياس الصوم
ثم رجع فقال كل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو الصحيح لانه احوط وقوله ولا يصوم عنه الولي
احتراز عن قول الشافعي فانه يجوز ذلك استدلالا بما روي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال من مات وعليه الصيام صام عنه وليه وهو نص في الباب ولنا حديث ابن عمر لا يصوم احد عن احد
ولا يصلي احد عن احد وتاويل حديث عائشة فعل عنه ما يقوم مقام الصوم من الاطعام والذي اوصى به لك وقوله
ومن دخل في صوم التطوع ذكرناه من فصل القراءة من كتاب الصلاة **وقوله** ثم عندنا كانه بيان لمبنى
الاختلاف وهو ان الافطار بعد الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا وعنده مباح فاذا كان غير مباح
كان بالافطار جانيا فيلزمه القضاء واذا كان مباحا لم يكن جانيا فلا يلزمه القضاء قوله والضيافة عذر
يعني على الاظهر وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ليست بعذر لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
اذا دعا احدكم فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل اي فليدع لهم ووجه الاظهر ما روي عنه
صلى الله عليه وسلم انه كان في ضيافة رجل من الانصار فامتنع رجل من الاكل وقال اني صائم فقال عليه
السلام انما دعاك اخوك لتكرمه فافطر واقض يوما مكانه ومن المشايخ من قال ان كان صاحب الدعوة ممن يرضى
بمجرد حضوره ولا يتاذى بترك الاكل لا يفطر وان كان يتاذى يفطر ويقضي قال في الذخيرة هذا اذا كان
الافطار قبل الزوال فاما اذا كان بعد الزوال فلا ينبغي له ان يفطر الا اذا كان في ترك الافطار عقوق
الوالدين او احدهما **قوله** واذا بلغ الصبي واسلم الكافر الاصل في هذا ان كل من صار في آخر النهار
بصفة لو كان عليها في اوله لزمه الصوم فعليه الامساك كالحائض والنفساء تطهران بعد طلوع الفجر او معه
والمجنون يفيق والمريض يبرا والمسافر يقدم بعد الزوال او الاكل والمفطر عمدا او خطا او مكرها او اكل يوم
الشك ثم تبين انه من رمضان او افطر وهو يظن غروب الشمس او تسحر على ظن عدم طلوع الفجر والامر بخلافه ومن لم
يكن كذلك لا يجب عليه الامساك كما في حالة الحيض والنفاس ثم وجوب الامساك انما هو قول بعض المشايخ
وهو اختيار المصنف على ما يذكره عنده قوله اذا قدم المسافر او طهرت الحائض وقال الامام الصفار الصحيح
انه على الايجاب لان محمدا ذكر في كتاب الصوم فليصم بقية يومه والامر للايجاب وقال في الحائض اذا طهرت في
بعض النهار لا يحسن لها ان تشرب وتاكل والناس صيام واجيب عن الثاني بان هذا الامساك ليس على
جهة الصوم حتى ينافي الافطار المتقدم وانما هو قضاء لحق الوقت بالتشبه ومعنى قول ابي حنيفة لا يحسن
لغير منها وترك القبيح شرعا من الواجبات **وقوله** ولو افطرا فيه اي فيما بقي من يومهما لا قضاء
عليهما لان الصوم غير واجب فيه بل الامساك هو الواجب ولا قضاء الا للصوم وصاما بعد من الايام لتحقق
السبب وهو شهود الشهر والاهلية بالاسلام والبلوغ ولم يقضيا يومهما يعني اذا امسكا بقية النهار انما قلنا هذا
لئلا يتكرر مع قوله لا قضاء عليهما **وقوله** ولا ما مضى اي لم يقضيا يومهما ما مضى من الايام قبل البلوغ والاسلام
لعدم الخطاب لانه انما يكون عند الاهلية وكانت منتفية قبلهما فان قيل انتفاء الاهلية في اول النهار لا يمنع وجوب
القضاء فان المجنون اذا افاق في يوم من رمضان قبل الزوال ولم ياكل ونوى الصوم يقع عن الفرض ولو افطر يجب عليه القضاء
مع ان الصوم لم يكن واجبا عليه وقت طلوع الفجر اجيب بان الاسلام ان الوجوب لم يكن ثابتا عليه في ذلك الوقت بل
الوجوب في حقه كان ثابتا الا انه لم يظهر اثره عند الاستغراق فاذا لم يستغرق ظهر اثر الوجوب **وقوله** وهذا
اي ما ذكرنا من عدم وجوب قضاء صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه الصبي واسلم الكافر بخلاف الصلاة حيث يجب
قضاؤها اذا بلغ او اسلم لما ذكره في الكتاب وهو واضح روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا

قبل الزوال

قبل الزوال فعليهما القضاء لما ذكرنا فيه وهو نظير من اصبح ناويا للفطر ثم نوى قبل الزوال
ان يصوم اجزاه ولا شك ان نية الفطر منافية للصوم لكنها منافية حكما لا حقيقة فلا يمنع نية الصوم
قبل الزوال وكذا الكفر مناف للصوم حكما لا حقيقة وبطلانه ظاهر لان فيه مساواة الاهل بغير الاهل
ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ومبناه كما ترى على التفرقة بين من له الاهلية ومن فاته وهذا اكثر المشايخ
على التفرقة بينهما في النفل ايضا فالصبي اذا بلغ قبل الزوال ونوى صوم النفل صح والكافر اذا اسلم وفعل
ذلك لم يصح وذكر في الجامع الصغير انهما في صحة نيتهما للتطوع سواء فكان الاختلاف في النفل كالاختلاف في الفرض
وقوله واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب
لانها بالذمة الصالحة للوجوب وهو ثابت في حقه ولا صحة الشروع لانه لو صام صح وان كان في رمضان يعني
المسافر الذي نوى الافطار فعليه ان يصوم لزوال المرخص وهو السفر في وقت النية لانه فرض المسألة
فيما اذا قدم قبل انتصاف النهار قيل في كلام المصنف تكرار لان المسئلتين كلتيهما في مسافر قدم المصر
في رمضان قبل الزوال واجيب بان المسئلة الاولى في غير رمضان ورد بان قوله لا ينافي اهلية الوجوب
ياباه لانه لا يستعمل في غير الفرض واجيب بان معناه لا ينافي اهلية الثبوت وفيه بعد وبان معناه
المعنى المصطلح والصوم هو ان يكون تكرارا معنى وصورته نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل
الزوال فنوى ان يصوم ذلك النهار او نواه اجزاه فكانت الاولى في غير رمضان والثانية فيه تكرار
وقوله هذا اولى قيل في وجه الاولوية ان المبيح وهو السفر قائم وقت الافطار في تلك المسئلة ومع
ذلك لم يبح له الافطار فلان لا يباح له في هذه المسئلة وهو ليس بقائم فيه اولى **وقوله** في هذه المسئلة
يعني مسافرا قام مقيما سافر **قال** ومن اغمي عليه في رمضان لا الاغماء اما ان يكون مستغرقا
او لا والثاني اما ان يحدث في اول ليلة او في غيرها فان كان في غيرها سواء كان ليلا ونهارا لا يقضي صوم
ذلك النهار الذي حصل فيه او في ليلة الاغماء وكذا اذا كان في اول الليلة لان الامساك موجود ولا محالة
[illegible]
[illegible] **وقوله** [illegible]
[illegible]
[illegible] **وقوله** [illegible]
[illegible]
[illegible] **وقوله** [illegible]
[illegible]

والصبي والجنون الا ان الاغماء لا يطول عادة فلا يسقط القضاء والصبي يطول فيسقطه دفعا للحرج
والجنون يطول ويقصر فاذا طال التحق بالصبي واذا لم يطل التحق بالاغماء والطول في الصوم ان يستوعب
الشهر كله وفي الصلاة ان يزيد على يوم وليلة ثم لا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يبلغ مجنونا والعارضي
وهو ان يبلغ عاقلا ثم يجن قيل هذا اي عدم الفرق بين الجنونين ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما
فقال اذا بلغ مجنونا ثم افاق في بعض الشهر ليس عليه قضاء ما مضى لانه ابتداء الخطاب يتوجه
اليه الان فكان كصبي يبلغ وروى هشام عن ابي يوسف انه قال في القياس لا قضاء عليه ولكني استحسن فاوجب
عليه ما مضى من الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق العارضي في شيء من الاحكام وليس فيه رواية عن ابي حنيفة
واختلف فيه المتاخرون على قياس مذهبه والاصح انه ليس عليه قضاء ما مضى كذا في المبسوط واليه اشار بقوله
هذا اي المروي عن محمد مختار بعض المتاخرين منهم الامام ابو عبد الله الجرجاني والامام الرستغفني والزاهد
الصفار. **وقوله** ومن لم ينو في رمضان يعني امتنع عن المفطرات لكنه لم ينو صوما ولا فطرا فعليه
قضاؤه قالوا هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير ولا بد لها من تاويل لان دلالة حال المسلم كافية لوجود
النية كالمغمى عليه في رمضان يجعل صائما بيوم اغمي عليه لان ظاهر حاله عدم الخلو عن النية وان لم يعرف منه
واولوا بان يكون مريضا او مسافرا او متهتكا اعتاد الاكل في رمضان فلم يصلح حاله دليلا على نية الصوم كذا
ذكر فخر الاسلام واراد انه ليس يحتاج الى التاويل لان حال المسلم دليل اذا لم يعرف منه كما في المغمى عليه والفرض
في هذه المسئلة العلم بانه لم ينو شيئا باخباره بذلك والدلالة انما تعتبر اذا لم يخالفها صريح وقال زفر يكون
صائما لا قضاء عليه لان صوم رمضان يتادى بغير النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى
اي وجه اداه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير وهكذا روي عن عطاء وانكر الكرخي ان يكون هذا
مذهبا لزفر رحمه الله وقال المذهب عنده ان صوم الشهر كله يتادى بنية واحدة كما هو قول مالك وقال ابو
اليسر هذا قول زفر في صغره ثم رجع عنه واجاب بان الصحيح المقيم نفيا لما يجوز به صرف الامساك الى غير
لتتعين الجهة واعترض بان هبة النصاب تقتضي اولا الاجر علة على ما مر فما وجه ما في الكتاب واجيب
بان معناه على قود مذهبكم وبان تاويله ان يكون الفقير مديونا فان دفع النصاب اليه جائز بالاتفاق
ويجوز ان يقال المراد بالفقير الجنس فكان الدفع متفرقا ولنا ان المستحق هو الامساك عبادة ولا امساك
عبادة ولا امساك عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب قد وجدت النية كما مر في الزكاة ومن اصبح غير
ناو للصوم فافطر قبل الزوال او بعده فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر عليه الكفارة
لانه يتادى عندهما بغير النية وقد افسد المستحق عليه شرعا فيجب الكفارة كما لو نوى وقال ابو يوسف ومحمد
وفخر الاسلام جعل هذا قول ابي حنيفة خاصة اذا اكل قبل الزوال يجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل
لكونه وقت النية فصار كغاصب الغاصب فان المالك اذا ضمنه فانما يضمنه لتفويت الامكان وتفويت امكان
الشيء كتفويته لانا نقول لا نسلم ان التضمين لتفويت الامكان لم لا يكون للاستهلاك او للغصب نفسه
من الغاصب لان الاستهلاك شرط التفويت ولا يضاف الحكم الى الشرط مع قيام صاحب العلة ولم يتحقق الغصب
لانه ما ازال يد احد فلم يكن الا للتفويت ولا يضاف الحكم الى الشرط مع قيام صاحب العلة ولم يتحقق ووجه
قول ابي حنيفة ظاهر مكشوف واما ما قال ان تفويت الامكان فهو مستقل في غير ما يندرئ بالشبهات في باب
الحدود. **وقوله** واذا حاضت المراة او نفست بضم النون اي صارت نفساء وكلامه واضح وقوله واذا قدم
المسافر قد قدمنا الاصل الجامع لهذه الفروع وهذا كما ترى يشير الى اختياره وجوب الامساك اذ لو لم يكن
كذلك لارتفع الخلاف فان الشافعي يقول بعدم الوجوب بناء على ان التشبه خلف والخلف لا يجب الا على من يجب
الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا يعني الذي اكل يوم الشك ثم ظهر انه من رمضان او تسحر على ظن انه ليل وكان

الوطالعا

الوطالعا الا الذي اخطا في المضمضة وترك الماء في جوفه فانه يفطر عنده قلنا لا نسلم ان التشبه
خلف لان بعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل بل وجب قضاء لحق الوقت اصلا لانه وقت معظم ولهذا
الكفارة على المفطر فيه عمدا دون غيره وقد قال صلى الله عليه وسلم من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير
كان كمن ادى فريضة ومن ادى فريضة فيه كمن ادى سبعين فريضة فيما سواه واذا كان معظما كان الوجوب
لقضاء حقه بالصوم ان كان اهلا للامساك وبالامساك ان لم يكن واذا لم يكن خلفا لم يكن وجوبه مبنيا
على وجوب الاصل بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم الامساك لتحقق المانع
عنه وهو قيام هذه الاعذار فانها كما تمنع عن الصوم تمنع عن التشبه به اما في الحائض والنفساء فلان
الصوم عليهما حرام والتشبه بالحرام حرام واما في المريض والمسافر فلان الرخصة في حقهما باعتبار الحرج
فلو الزمنا التشبه عاد على موضوعه بالنقض **قال** واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع
ومن اخطا في الفطر بناء على ظنه فسد صومه ولزمه امساك بقية يومه ويجب عليه القضاء ولا يجب
عليه الكفارة ولا يأثم به اما فساد صومه فلانتفاء ركنه بغلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة بخلاف
النسيان واما امساك البقية فلقضاء حق الوقت بالقدر الممكن كما ذكرنا انفا او لنفي التهمة فانه
اذا اكل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن مواضع التهم واجب بالحديث واما القضاء
فلانه حق مضمون بالمثل شرعا فاذا فوته قضاه كالمريض والمسافر واما عدم الكفارة فلان الجناية
قاصرة عن عدم القصد وتعضده ما روي عن عمر انه كان جالسا مع الصحابة في رحبة مسجد
الكوفة عند المغرب في شهر رمضان فاتي بعس من لبن فشرب منه هو واصحابه فامر المؤذن ان يؤذن
فلما رقي المأذنة راى الشمس لم تغب فقال الشمس يا امير المؤمنين فقال عمر بعثناك داعيا ولم نبعثك
راعيا ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير فيه دلالة على لزوم القضاء وعدم الاثم وان جعلت
الموضع موضع بيان ما يجب في مثله دل على عدم الكفارة ايضا لان السكوت في موضع الحاجة
الى البيان بيان والحيف الميل فان قيل ما يدل عليه عبارة الكتاب هو ما يكون ظانا فما حكم الشاك
في ذلك فالجواب انه اذا شك في طلوع الفجر فلا يجب عليه الكفارة واذا شك في غروب الشمس
وجبت والفرق انه متى شك في غروب الشمس فافطر فقد كمل الفطر على سبيل التعدي لانه
كان متيقنا بالنهار شاكا بالليل واليقين لا يزول بالشك وفي طلوع الفجر بالعكس وفي كلام المصنف
تصريح بذلك ولكنه قال ينبغي ان تجب الكفارة لان فيه اختلاف المشايخ. **وقوله** والمراد
بالفجر ظاهر وقوله ثم تسحر السحر اخر الليل عن الليث قالوا هو السدس الاخير والسحور اسم لما
يؤكل في ذلك الوقت وقوله عليه السلام فان في السحور البركة اي في اكله والمراد بالبركة
زيادة القوة على الصوم ويجوز ان يكون المراد بها زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين
ثم تاخير اكل السحور مستحب في مستحب لما ان نفس التسحر مستحب وتاخيره مستحب ايضا
فكان التاخير مستحبا في مستحب قال عليه الصلاة والسلام ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل
الافطار وتاخير السحور والسواك فان قيل ما وجه جعل تعجيل السحور من اخلاق المرسلين وهو
مخصوص باهل الاسلام فان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين صيامنا وصيام اهل الكتاب
اكل السحور اجيب بان المراد به الاكلة الثانية فانها كانت تجري مجرى السحور في حقهم
ويجوز ان يقال لا منافاة بين الحديثين فان الاول يدل على انه من اخلاق المرسلين
والثاني يدل على ان اهل الكتاب ليس لهم سحور وهذا غير الاول لجواز ان تكون
انبياؤهم يتسحرون. **وقوله** الا انه اذا شك في الفجر ظاهر وقوله وعلى ظاهر الرواية

لا قضاء عليه هو الصحيح لأن الليل هو الأصل فلا ينتقل عنه إلا بيقين وأكبر الرأي للشك كذلك
وقوله رواية واحدة قال في النهاية أي فعليه القضاء والكفارة لأن النهار كان ثابتا
وقد انضم إليه أكبر رأيه أن الفجر طالع لأن فيه روايتين كما ذكرنا آنفا. وقوله ومن أكل في
رمضان ناسيا ظاهر لأن الاشتباه استند إلى القياس لأن القياس الصحيح يقتضي
أن لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالأكل ناسيا ظاهر لأن الاشتباه استند إلى القياس لأن القياس
الصحيح يقتضي أن لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالأكل ناسيا فإذا أكل بعده عامدا لم يلاق فعله
الصوم فلا يجب عليه الصوم الكفارة. وقوله لأنه لا اشتباه يعني إذا علم الحديث علم أن القياس
متروك والمتروك لا يورث شبهة فلا شبهة. وقوله ووجه الأول يعني عدم وجوب
الكفارة قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس وهذا لأن الشبهة الحكمية هي الشبهة في المحل وهي
التي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما سيجيء في كتاب
الحدود والقصاص والقياس دليل قائم ينفي حرمة الأكل الثاني سواء علم ذلك أو لم يعلم كوطء الأب
جارية ابنه فإنه لا يجب عليه الحد سواء كان الأب عالما بالحرمة أو لا. وقوله ولو احتجم صورته
ظاهرة. وقوله لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي فإن الحجامة كالفصد في خروج الدم من العروق
والفصد لا يفسد فكذا الحجامة لا يقال لم لا يجوز أن يكون كدم الحيض والنفاس فإنه ليس
فيه وصول شيء إلى باطنه ولا قضاء شهوة ومع ذلك يفسد الصوم لأن ذلك ثابت بالنص
على خلاف القياس كالاستقاء فإن قيل فلتكن الحجامة كذلك لقوله صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم
والمحجوم أجيب بأنه صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم رواه ابن عباس وروي أيضا احتجم
عليه السلام وهو محرم صائم بين مكة والمدينة فكان الحديث معارضا به فلا يثبت به شيء لا يقال
ما رواه ابن عباس حكاية فعل والقول راجح لأن القول إنما يكون راجحا إذا لم يكن مأولا وههنا أول
على ما نذكره. وقوله إلا إذا أفتاه فقيه يعني حينئذ لا تجب الكفارة والمراد به فقيه يؤخذ
منه الفقه ويعتمد على فتواه في البلدة هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف
وابن رستم عن محمد لأن الفتوى دليل شرعي في حقه فيصير شبهة وإن بلغه الحديث وهو قوله عليه
الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم روي بالواو وبغيره بنصب المحجوم واعتمده فكذا عند محمد
لا تجب الكفارة لأن قول الرسول صلى الله عليه وسلم لا ينزل عن قول المفتي وعن أبي يوسف خلاف
ذلك يعني لا تسقط الكفارة لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة
الأحاديث لجواز أن يكون مصروفا عن ظاهره أو منسوخا وإن عرف تأويله وهو أن النبي صلى الله
عليه وسلم مر بهما وهما معقل بن سنان مع جماعة وهما يغتابان آخر فقال أفطر الحاجم والمحجوم
أي ذهب ثواب صومهما الغيبة وقيل إنه غشي على المحجوم فصب الحاجم الماء في حلقه فقال أفطر
الحاجم والمحجوم أي فطرهما ما صنع به فوقع عند الراوي أنه قال أفطر الحاجم والمحجوم تجب الكفارة لانتفاء
الشبهة لأنها نشأت من الاعتماد على الظاهر وقد زالت بمعرفة التأويل فإن قيل لا نسلم أن منشأ
الشبهة ذلك وحده بل قول الأوزاعي بذلك منشأ لها أيضا أجاب بأن قول الأوزاعي لا يورث الشبهة
لمخالفته القياس فإن الفطر مما يدخل لا مما يخرج بخلاف قول مالك في أكل الناسي لا يقال في عبارته
تناقض لأنه قال إلا إذا أفتاه فقيه وفتواه لا يكون إلا بقوله ثم قال وقول الأوزاعي لا يورث الشبهة
وأيضا الفتوى في هذا الباب لا يكون إلا مخالفا للقياس فكيف يكون شبهة من غير الأوزاعي دونه
لأنا نقول ذلك بالنسبة إلى العامي وهذا بالنسبة إلى من عرف التأويل ولو أكل بعد ما اغتاب متعمدا

فعليه

فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان أي سواء بلغه الحديث أو لم يبلغه عرف تأويله أو لم يعرفه
أفتاه مفت أو لم يفت لأن الفطر بها يخالف القياس والحديث وهو قوله عليه السلام الغيبة
تفطر الصائم مؤول بالإجماع بأن المراد به ذهاب الثواب فلم يوجد الدليل النافي للحرمة في ذاته
فلا يكون شبهة بخلاف حديث الحجامة فإن بعض العلماء أخذ بظاهره من غير تأويل. وقوله وإذا
جومعت النائمة أو المجنونة أما صوم النائمة فظاهر وأما المجنونة فقد تكلموا في صحة صومها
لأنها لا تجامع المجنون وحكي عن أبي سليمان الجوزجاني قال لما قرأت على محمد هذه المسألة قلت
له كيف تكون صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فإنه انتشر في الآفاق فمن المشايخ من قال كأنه
كتب في الأصل مجبورة فظن الكاتب مجنونة ولهذا قال دع فإنه انتشر في الآفاق وأكثرهم قالوا
تأويله أنها كانت عاقلة بالغة في أول النهار ثم جنت فجامعها زوجها ثم أفاقت وعلمت بما
فعل بها الزوج وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما إلحاقا بالناسي لأن العذر فيهما أبلغ لعدم
القصد ولنا أن الإلحاق إنما يصح أن لو كانا في معناه من كل وجه وليس كذلك لأن النسيان يغلب
وجوده فيفضي إلى الحرج ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية لعدم القصد. قال
فيما يوجبه على نفسه لما فرغ من بيان ما أوجبه الله على العباد شرع في بيان ما يوجبه العبد
على نفسه لأنه فرع على الأول ولهذا اشترط أن يكون من جنس ما أوجبه الله وإن لا يكون واجبا
بإيجاب الله. وإذا قال لله علي صوم يوم النحر أفطر وقضى وقال زفر والشافعي لا يصح نذره وهو رواية
ابن المبارك عن أبي حنيفة لأن هذا نذر بالمعصية لورود النهي عن صوم هذه الأيام قال صلى
الله عليه وسلم ألا لا تصوموا في هذه الأيام والنذر بالمعصية غير صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم
لا نذر في معصية الله ولنا أن هذا نذر بصوم مشروع لأن الدليل الدال على مشروعيته
وهو كونه كفا للنفس التي هي عدو الله عن شهواتها لا يفصل بين يوم ويوم فكان من حقيقته
حسنا مشروعا والنذر بما هو مشروع صحيح والنهي إنما هو لغيره المجاور وهو
ترك إجابة دعوة الله لأن الناس أضياف الله في هذه الأيام وذلك لغيره لا يمنع صحته من
حيث ذاته ولقائل أن يقول لا نسلم أن الصوم لا يستلزم ترك الإجابة لأن دعوة الله وترك الإجابة
منهي عنه فيه فيستلزم ذلك والجواب أن الإمساك لا يستلزم ذلك فإنه لو أمسك حمية أو لضعف
أو لعدم ما يأكله لا يكون تاركا للإجابة فإن قيل الإمساك عبادة تستلزمه فكلما كان ذلك
قولا بالوجه والاعتبار على تقدير تسليم صحته قلنا إن يكون هذا الصوم من حيث إنه
ترك إجابة دعوة الله قبيح ومن حيث إنه قهر النفس الأمارة بالسوء على قصد التقرب إلى
الله حسن فيصح النذر ولكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي إسقاطا للواجب
وإن صام فيه يخرج عن العهدة لأنه أداه كما التزمه فإنه ما وجب ناقصا فجاز أن يتأدى ناقصا
قال وإن نوى يمينا فعليه كفارة يمين هذه المسألة على ستة أوجه والجميع مذكور
في الكتاب ففي الثلاثة الأول وهو ما إذا لم ينو شيئا أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر ونوى
أن لا يكون يمينا يكون نذرا بالإجماع وفي الواحد يكون يمينا بالإجماع وهو ما إذا نوى اليمين
ونوى أن لا يكون نذرا وفي الاثنين وهو أن ينويهما أو نوى اليمين لا غير يكون نذرا ويمينا
عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف في الأول نذر وفي الثاني يمين ثم الوجوه الأربعة
المتفق عليها ظاهرة وكذلك وجه قول أبي يوسف أن النذر فيه أي في
هذا الكلام حقيقة لعدم توقفه على النية واليمين مجاز لتوقفه عليها واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة

والمجاز فاذا نواهما فالحقيقة مراده فلا يكون المجاز مرادا واذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا يكون الحقيقة مراده ولهما انه لا تنافي بين الجهتين يعني انه ليس من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز لان قوله لله علي صوم يوم النحر موضع للوجوب ومستعمل في الوجوب وليس بمستعمل في غير الوجوب ايضا حتى يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز غير انه مستعمل فيه من جهتين لا تنافي بينهما انشا احدهما من النذر لانه يقتضيه بعينه ولهذا يجب القضا اذا تركه والاخرى من اليمين لانه يقتضيه لغيره وهو صيانة اسم الله عن الهتك ولهذا لا يجب القضا اذا تركه بل الكفارة وكل واحد من المنشائين دليل شرعي يجب العمل به اذا امكن والعمل بهما ممكن لعدم التنافي بينهما فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض هذا الذي ظهر لي من كلامه في هذا الموضع وللناس تحقيق هذه المسالة على مذهبهما انواع من التوجيهات ثم نشوق اليها طالع التقرير وقوله ولو قال لله علي ان اصوم سنة فلا يخلوا اما ان عينها بقوله هذه السنة او اطلقها بان قال سنة فان كان الاول لزمه صوم السنة الا انه افطر الايام الخمسة وقضاها لان النذر ولو صام الايام الخمسة جاز لما تقدم وان كان الثاني فاما ان شرط التتابع او لا فان شرطه فحكمه حكم المعينة وان لم يشترطه لم يجز صوم هذه الايام ويقضي خمسة وثلاثين يوما خمسة للايام الخمسة وثلاثين لرمضان وكلامه واضح قوله والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية يعني عنهما بين النذر والشروع في الصوم لا يلزمه في الصلاة يلزمه اذا افسدها وحاصل الفرق بين النذر والشروع في الصوم ان الشروع احداث الفعل في الخارج وهو لا ينفك عن ارتكاب المنهي عنه وهو ترك اجابة الدعوة فيجب ابطاله فلا يجب صيانته ووجوب القضا يبنى على وجوب الصيانة واما النذر فانما هو ايجاب في الذمة وهو امر عقلي وجاز للعقل التجرد الاصل عن الوصف فلم يكن مرتكبا للمنهي عنه واما الشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة فانما صار موجبا للقضا لان ما شرع فيه لا يكون صلاة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة فلم يكن الشروع في الابتدا احداثا لفعل الصلاة في الخارج فكان كالنذر في الانفصال عن ارتكاب المنهي عنه فيجب الصيانة والقضا بتركها هذا ما سنح لي في توجيه كلامه

باب الاعتكاف

وجه تعقيب الصوم الصوم على الاعتكاف وجه تقديم الوضو على الصلاة ومن صفته قبل بيان تفسيره لانها اهم من حيث علم الفقه فان قيل المواظبة ثابتة من غير ترك قالت عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعتكف في العشر الاواخر من رمضان حتى قدم المدينة الى ان توفاه الله اجيب انه عليه السلام لم ينكر على من تركه ولو كان واجبا لانكر فكانت المواظبة بلا ترك معارضا بترك الانكار وتفسيره لغة الاحتباس لانه من العكوف وهو الحبس ومنه قوله تعالى والهدي معكوفا واما تفسيره شريعة فما ذكره انه اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف وهو مركب من ركنه وهو اللبث لانه ينبي عنه لغة كما ذكرنا وبعض شرائطه وهو الصوم والنية واما النية فهي شرط في جميع العبادات واما الصوم فهو شرط عندنا خلافا للشافعي وهو يقول الصوم عبادة هو اصل بنفسه وهو ظاهر وكل ما كان كذلك لا يكون شرطا لغيره والا لا يكون اصلا بنفسه لما فرضناه اصلا لا يكون اصلا هذا خلف باطل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم رواه عائشة والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول وفيه بحث من وجهين احدهما ان الله شرع الاعتكاف مطلقا بقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد فاشتراط الصوم زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ لا يجوز والثاني ان الاعتكاف يتحقق في الليالي والصوم

فيها غير مشروع

فيها غير مشروع وفي ذلك تحقق المشروط بدون الشرط وهو باطل فدل على انه ليس بشرط واجيب عن الاول بان الامساك عن الجماع ثبت شرطا لصحة الاعتكاف بهذا النص القطعي وهو احد ركني الصوم فالحق به الركن الاخر وهو الامساك عن شهوة البطن بالدلالة لاستوائهما في الحظر والاباحة كما الحق الجماع بالاكل والشرب ناسيا في حق بقاء الصوم بالدلالة لهذا المعنى ثم لما ثبت وجوب الامساك على المعتكف عن الشهوتين لله تعالى كان صوما وعن الثاني بان المشروط انما تثبت بحسب الامكان فان المراة عليها صوم شهر متتابعا لم ينقطع التتابع بعذر الحيض والصوم في الليالي غير ممكن وقوله ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة اي ليس فيه اختلاف الروايات فمعناه في جميع الروايات وقوله وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم يشير الى انه لو صام رجل تطوعا ثم قال قبل انتصاف النهار علي اعتكاف هذا اليوم لا يكون عليه شي لان صومه انعقد تطوعا فتعذر جعله واجبا بنذر الاعتكاف وقوله وفي رواية الاصل قال وهي ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وقوله لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا يفهم منه الفرق بين من شرع في الاعتكاف والصوم والصلاة متطوعا حيث لم يجب عليه شي في الاول لكونه غير مقدر ووجب عليه في الاخريين لان الصوم مقدر بيوم والصلاة بركعتين وقوله ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة هذا ايضا من شروط جوازه ومسجد الجماعة هو الذي يكون له موذن وامام راتب فيه الصلاة الخمس او لم لقول حذيفة بن اليمان لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يصح في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لما ذكر في الكتاب وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي افضل الاعتكاف ان يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم في مسجد بيت المقدس ثم في المساجد العظام التي كثر اهلها وقوله اما المراة فتعتكف في مسجد بيتها هذا عندنا وقال الشافعي لا اعتكاف للرجال والنسا الا في مسجد جماعة لان المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وهو لا يوجد في مساجد البيوت ولنا ان مواضع الاعتكاف في حقها الموضع الذي يكون صلاتها فيه افضل كما في حق الرجل وصلاتها في مسجد بيتها افضل فكان موضع الاعتكاف مسجد بيتها قوله ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة كلامه واضح الى قوله لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع فان كان اذا اعتكف دون سبعة ايام اعتكف في اي مسجد شاء وان كان سبعة فصاعدا اعتكف في مسجد الجامع فلم يتحقق الضرورة المطلقة للخروج ولنا ان الدليل قد دل على ان الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع تحققت الضرورة المطلقة للخروج اليها لان تركها لاجل الاعتكاف لا يجوز لكونه دونها في الوجوب لكونها واجبة بايجاب الله وهو واجب بايجاب العبد وليس للعبد اسقاط ما وجب بايجاب الله تعالى بايجابه وقوله فلا يتمها في مسجد آخر لانه ضرورة قيد بذلك لانه اذا كان لغير ضرورة مثل ان يتعلق في مسجد فانهدم [illegible] الخروج الى مسجد اخر لانه مضطر الى الخروج فكان عفوا وقوله وهو القياس لان ركن الاعتكاف هو اللبث في المسجد والخروج يفوته فكان القليل والكثير سواء كالاكل في الصوم والحدث في الطهارة وقوله لان القليل ضرورة لما ثبت ان المعتكف اذا خرج لحاجة الانسان لا يومر بان يسرع في المشي وله ان يمشي على التوده وكان القليل عفوا والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل بينهما الاكثر من نصف يوم اعتبارا بنية الصوم في رمضان اذا وجدت نية الصوم في اكثر اليوم

جعلت كانها وجدت في جميع اليوم لان القليل تابع للاكثر وقوله لم يكن له بد اي الا المسجد
يجني في غالب احواله ويلزم من ذلك ان يكون اكله فيه تحقيقا وقوله ولا باس بان يبيع ويبتاع
يعني ما كان من حوائجه الاصلية واما ما كان للتجارة فهو مكروه الا ترى الى قوله ويكره لغير المعتكف
البيع والشرى فيه فاذا كان لغير المعتكف مكروها فما ظنك فيه بالمعتكف وقوله ولا يتكلم
الا بخير يعني ان التكلم بالشر في المعتكف اشد حرمة منه في غيره فكان من قبيل قوله تعالى فلا
تظلموا فيهن انفسكم فان الظلم وان كان حراما مطلقا لكنه فيه بالاشهر لانه فيها اشد حرمة
وقوله ويكره له الصمت قيل معناه ان يلتزم ان لا يتكلم اصلا كما كان في شريعة من قبلنا وقيل ان يصمت
ولا يتكلم اصلا من غير نذر سابق وقيل معناه ان ينوي الصوم المعهود وهو الامساك عن المفطرات
الثلاث مع زيادة نية ان لا يتكلم وهذا هو الموافق للتعليل المذكور في الكتاب بقوله لانه في صوم الصمت
ليس بقربة فانه روي عن ابي حنيفة عن عدي بن ثابت عن ابي حازم عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن صوم الوصال وصوم الصمت فقال الرازي وهو زكريا ابن ابي زائدة قلت لابي حنيفة
ما صوم الصمت قال ان تصوم ولا تكلم احدا اي يوم الصمت وقوله لكنه يتجانب ما يكون ماثما اي
اثما متصلا بقوله يكره له الصمت لا يقال في عبارته تسامح لان قوله ولا يتكلم الا بخير يقتضي حصر
ان يكون الكلام بخير وقوله يتجانب ما يكون ماثما يقتضي جواز التكلم بما هو مباح
وذلك تناقض لانا نقول ما ليس بماثم فهو خير عند الحاجة اليه لان الخير عبارة عن الشيء الحاصل لما شانه
ان يكون حاصلا له اذا كان مؤثرا والتكلم بالمباح عند الحاجة اليه كذلك وقوله ويحرم على المعتكف
الوطي يحتاج الى تاويل لان المعتكف انما يكون في المسجد فلا يتهيا له الوطي واولوه بانه جاز له الخروج
للحاجة الانسانية فعند ذلك يحرم عليه الوطي لان اسم المعتكف لا يزول عنه بذلك الخروج
وذكر في شرح التاويلات انهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون ثم يرجعون
الى معتكفهم فنزل قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا المس والقبلة لانه
اي لان كل واحد من المس والقبلة من دواعي الجماع اذ هو اي الجماع محظور الاعتكاف كما انه محظور الاعتكاف
كما انه محظور الاحرام فكانت الدواعي محرمة فان قيل الجماع يفسد الصوم كما انه يفسد الاعتكاف
اجاب بقوله بخلاف الصوم لان الكف اي عن الجماع ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه ولا زال
في تحقيقه اصطكت الركب واقصى ما انتهى اليه الفكر الفاتر ان الوطي محظور الاعتكاف لان محظور
الشيء ما نهي عنه بعد وجوده مما يفسده والوطي في الاعتكاف كذلك لانه اللبث في مسجد جماعة مع الصوم
والنية هذه حقيقته ثم نهي المعتكف ان يرتكب الوطي وهو معتكف بصريح قوله تعالى ولا تباشروهن
مقصودا فتعدت الحرمة الى الدواعي لان الشبهات في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة كما قلنا في
الاحرام ان حقيقته التلبية باللسان والقلب ثم بعد ما وجد ذلك صار الوطي حراما بقوله تعالى
ولا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فتعدت الحرمة الى الدواعي من المس والقبلة واما الصوم فالوطي
ليس بمحظوره على ما ذكرنا من تفسير المحظور فان ركن الصوم الكف عن الوطي ثبت بقوله تعالى ثم
اتموا الصيام بعد قوله تعالى فالان باشروهن الى قوله حتى يتبين لكم الخيط الابيض الاية وثبت اه
اذ ذاك حرمة الجماع المفوت للركن وهو الكف بالنهي الثابت بالامر ضمنا لا مقصودا ضرورة
بقاء الركن والضروري لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعي على ما كانت عليه من الحل واعترض بان
ظاهر هذا الكلام يدل على ان النهي الضمني لا يقتضي حرمة الدواعي والقصدي يقتضيها وهو منقوض
بالنهي عن الوطي حالة الحيض فانه قصدي اذ ذلك بقوله وحالة الحائض كما ذكره فلا يتعدى الى السبيل

بخلاف الصوم

بخلاف الصوم فانه لا مدخل له فيه فان قيل فكان الواجب ان يفسد بالاكل ناسيا كالجماع
اجيب بان حرمة الاكل ليست لاجل الاعتكاف نصا فكان الجماع في الاحرام يستوي فيه
القاصد وغيره ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس بشهوة فانزل بطل اعتكافه
لانه في معنى الجماع وهذا لا يفسد به الصوم فان قيل هلا جعلت نفس المباشرة مفسدة
من غير انزال بظاهر قوله تعالى ولا تباشروهن وذلك يتحقق في الجماع فيما دون الفرج
اجيب بان المجاز هو الجماع لما كان مرادا بطل ان يكون الحقيقة مرادة ولان الاعتكاف معتبر
بالصوم فيهما وبنفسهما لم يفسد الصوم فكذا الاعتكاف قال ومن اوجب على نفسه
اعتكاف ايام اي ومن قال علي ان اعتكف عشرة ايام يلزمه بلياليها متتابعة اما لزومها
بلياليها فلما ذكر ان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي عرفا يقال ما
رايتك منذ ايام والمراد بلياليها واذا حلف لا يكلم فلانا شهرا او عشرة ايام كان ذلك
على الايام والليالي الا ترى الى قصة زكريا عليه السلام حيث قال ان لا تكلم الناس ثلاثة ايام
الا رمزا وقال الا تكلم الناس ثلاث ليال سويا والقصة واحدة وتاويله ما ذكرنا وقوله على
سبيل الجمع يدفع ما يقال قد تقرر في اصول الفقه ان اليوم الذي اذا قرن بفعل ممتد
يراد به بياض النهار خاصة والاعتكاف فعل ممتد فيجب ان يراد بالايام النهر دون الليالي والا
لا ينقض القاعدة ووجه ذلك ان العرف جار على ما ذكر بلحق لو قال علي ان اعتكف يوما اختص
ببياض النهار كذا في التحفة واما التتابع فلما ذكر ان مبنى الاعتكاف على التتابع الى اخره وان نوى
الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة قلت كانه اختار ما ذهب اليه البعض ان اليوم مشترك
بين بياض النهار ومطلق الوقت واحد معنيي المشترك يحتاج الى ذلك لتعيين الدلالة لا لانتفاء الدلالة
وعلى تقدير ان يكون مختاره ما عليه الاكثرون وهو انه مجاز في مطلق الوقت فجوابه ان ذكر الايام
على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة كما تقدم فيحتاج الى النية دفعا للصارف عن الحقيقة
لا للدلالة عليها قوله ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين ظاهر وقوله وقال ابو يوسف
قال في النهاية كان من حقه ان يقول وعن ابي يوسف لما ان هذه الرواية غير ظاهرة عنه والدليل
على هذا قوله بعد وجه الظاهر وقوله لان المثنى غير الجمع ظاهر ولما كان كذلك كان
لفظ المثنى ولفظ المفرد سواء ولو قال علي ان اعتكف يوما لم يدخل ليلته بالاتفاق فكذا في التثنية
الا ان الليلة الوسطى تدخل لضرورة اتصال البعض الاخر بالبعض وهذه الضرورة لم توجد
في الليلة الاولى فان قيل لما كان المثنى غير الجمع وجب ان لا يكتفي في الجمعة بالاثنين سوى الامام وقد
اكتفي كما تقدم في باب الجمعة اجيب بان الاصل ما ذكرت هاهنا لان فيه العمل بالوضع اذ الوحدان
والجمع الاثني وجدت في الجمعة معنى لم يوجد في غيره وهو انها سميت جمعة لمعنى الاجتماع وفي
الجماعة والتثنية كذلك فكانت التثنية في تحقق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفيت بها وجه ظاهر
الرواية ان في المثنى معنى الجمع لاجتماع فرد وفرد فيه فيلحق بالجمع احتياطا لامر العبادة وفيه
تلويح الى انهما انما لم يلحق المثنى بالجمع في الجمعة لعدم الاحتياط في ذلك لان الاحتياط في الخروج
في عهدة ما عليه بيقين وذلك في الالحاق غير يقين لان الجماعة شرط على حدة بالاتفاق وفي كون
الاتفاق بالتثنية بمعنى الجمع تردد لتجاذب الفرد والجمع اذ هي بينهما وفي اشتراط الجمع لا تردد
في الخروج فكان شرطا واما في الاعتكاف ففي الحاقه بالجمع خروج عنها بيقين لان ايجاب الليلتين
مع يومين احوط من ايجاب يومين بليلة وهو ظاهر

كتاب الحج

لما ثبت العبادة المفردة مع ذلك الترتيب لمعان ذكرتها عند كل كتاب تاخر الحج الى هنا ضرورة
لان ما بعدها انما يكون من المعاملات او غيرها والعبادة مقدمة والحج في اللغة القصد وفي الشريعة
زيارة البيت على وجه التعظيم ثم انه فرض على كل حر بالغ عاقل صحيح اذا قدر على الزاد والراحلة
فاضلا عن المسكن وما لا بد له منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا
وانما عدل المصنف عن الافراد الى الجمع في قوله الاحرار الى آخره نظرا الى وقوعه فانه لا يتادى الا
بجمع عظيم وانما وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة كما صنع بالزكاة وقد ذكرنا وجهه هناك
ويجوز ان يكون معناه ثابت او لازم فان الوجوب يدل على ذلك وفرضيته ثبتت بالكتاب
وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الاية يعني انه حق واجب لله في رقاب الناس لا ينفكون
عن عهدته الا بالاداء ولا يجب الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له يعني لما نزلت هذه الاية
وقال لهم ايها الناس حجوا الحج افي كل عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه
البيت لاضافته اليه يقال حج البيت والاضافة دليل السببية وانه لا يتعدد فلا يتكرر
الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف حتى لو اخر بعد استجماع الشرائط ثم روى عنه يفسق
والمعلى وعن ابي حنيفة ما يدل عليه اي على الفور وهو ما ذكره ابن شجاع عنه سئل عمن له مال ايحج
به ام يتزوج فقال بل يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور ووجه دلالته على ذلك
على ذلك ان في التزوج تحصين النفس الواجب مع امكان حصوله في وقت اخر لما ان المال غاد
ورائح وعند محمد والشافعي على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة
ثم انها جازت في اخر وقتها يجوز الحج في اخر العمر من اشهر الحج وهذا دليل محمد لانه يقول بجواز
تاخيره بشرط ان لا يفوته بالموت فان فوته اثم واما الشافعي فانه يقول لا اثم بالتاخير وان مات
فلم يكن عنده كوقت الصلاة وجه الاول يعني قول ابي يوسف ان الحج يختص بوقت خاص من كل عام
وهو اشهر الحج وكل ما اختص بوقت خاص وقد فات عن وقته لا يدرك الا بادراك ذلك الوقت
بعينه والا لا يكون مختصا به وذلك مدة طويلة يستوي فيه الحياة والممات لان الموت في سنة
واحدة مشتملة على الفصول الاربعة المتضادة المزاج غير نادر فيضيق احتياطا لا تحقيقا
وانما قال ذلك لئلا يرد عليه انه لو كان مضيقا لوجب ان يكون فعله في العام الاول قضاء وليس
كذلك فان التضييق اذا كان احتياطا لا يلزم ذلك والدليل على هذا التوجيه قوله ولهذا كان التعجيل
افضل يعني بالاتفاق فان الاستدلال بالافضلية على الوجوب مما لا يكاد يصح (وقوله) بخلاف
وقت الصلاة جواب عن قوله كالوقت في الصلاة وثمرة الخلاف لا تظهر الا في حق الاثم خاصة واما
ان الواقع في العام الثاني اداء كما في الاول وان التطوع في العام الاول جائز فلا ينكره احد وتمام هذا
البحث موضعه اصول الفقه وانما شرطت الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج ولو
عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام والفرق بين الحج والصوم والصلاة ان الحج يحتاج الى الزاد
والراحلة والعبد لا يملك من المال شيئا والصوم والصلاة ليس كذلك وان حق المولى في الحج يفوت
في مدة طويلة فقدم حق العبد على حق الله تعالى بخلاف الصوم والصلاة (وقوله) لبيان اشتراط
العقل وقوله وكذا صحة الجوارح لبيان اشتراط الصحة لان العجز بدونها لازم وقوله والاعمى
يعني ان الاعمى اذا ملك الزاد والراحلة فان لم يجد قائدا لا يلزمه الحج بنفسه في قولهم وهل يجب
الاحجاج بالمال عند ابي حنيفة لا يجب وعندهما يجب وان وجد قائدا او قد عبر عنه المصنف
بقوله من يكفيه مؤنة سفره وعند ابي حنيفة لا يجب كما لا يجب الجمعة وعن صاحبيه روايتان

ثم فاعلى احدى الروايتين بين الجمعة والحج وفا لا وجود القائد الى الجمعة ليس بنادر بل هو غالب
فيلزمه الجمعة ولا كذلك القائد الى الحج (وقوله) واما المقعد فعن ابي حنيفة في ظاهر الرواية
عنه في الزمن والمفلوج والمقعد ومقطوع الرجلين ان الحج لا يجب عليهم وان ملكوا الزاد والراحلة
حتى لا يجب عليهم الاحجاج بمالهم لان الاصل لما لم يجب لم يجب البدل وهو رواية عنهما وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يجب عليه لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وقوله
وعن محمد ظاهر (وقوله) ولا بد من القدرة بيان لقوله اذا قدروا على الزاد والراحلة والمحمل
القدرة بطريق الملك او الاستئجار بان يقدر على ما يكترى به شق محمل بفتح الميم الاول وكسر الثاني
اي جانبه لان للمحمل جانبين ويكفي للراكب احد جانبيه والراحلة البعير يحمل عليه المسافر متاعه
وطعامه من زمل اي حمل يقال لها بالفارسية ستبربارکی وقوله وقدر النفقة ذاهبا وجائيا
يعني نفقة الراحلة نفقة وسط لا اسراف ولا تقتير وفي هذا لانه عليه السلام سئل عن السبيل
اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكترى عقبه اي ما يتعاقبان عليه في الركوب فرسخا فرسخا
او منزلا منزلا فلا حج عليه لعدم الراحلة اذ ذاك في جميع السفر وقوله ان يكون ما يقدر به على
الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن بيان لقوله في اول البحث فاضلا وهو ههنا منصوب على الحال
من الزاد والراحلة وقيده بالمسكن والخادم اشارة الى ما ذكر ابن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها
وعبد لا يستخدمه وما اشبه ذلك يجب عليه ان يبيعه ويحج به وقوله واثاث البيت يعني الفرش
والبسط والات الطبخ وثيابه اي ثياب بدنه وفرسه وسلاحه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة
الاصلية والمشغول بها كالمعدوم (وقوله) وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره قال
الله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه (وقوله) وليس من شرط الوجوب
على اهل مكة ظاهر ولا بد من امن الطريق وهو ان يكون الغالب فيه السلامة وتوسط البحر عذر
لان شرط وجوبه الاستطاعة ولا استطاعة بدون الامن ثم اختلف المشايخ فيه على قول ابي
حنيفة انه شرط وجوب لما مر ان الاستطاعة لا تثبت بدونه وهو مروي عنه ومنهم
من ذهب الى الثاني لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير وثمرة الخلاف
تظهر في وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن الطريق امنا فعند الاولين لا يلزمه الوصية
وعند الاخرين يلزمه (قال) ويعتبر في المراة ان يكون لها محرم تحج به الاختلاف
المار في امن الطريق في كونه شرط الوجوب او شرط الاداء ثابت في محرم المراة والمحرم من لا
يجوز له مناكحتها على التابيد بقرابة او رضاع او صهارة ولا يجوز للمراة ان تحج اذا لم يكن
معها محرم او زوج لا يجب عليها ان تتزوج لتحج كما لا يجب على الفقير اكتساب المال لاجله وقال الشافعي
لها ان تحج في رفقة معها نساء ثقات لحصول الامن عن الفتن بالمرافقة ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام لا تحجن امراة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام
غيرها اليها فضلا عن حصول الامن وعورض بان المهاجرة تخرج الى دار الاسلام بدونهما
والمحرم للنبيت من الاركان الخمسة فلان تخرج للحج وهو منها اولى واجيب بان ذلك ضرورة
الخوف على نفسها الا ترى انها اذا وصلت الى جيش من المسلمين في دار الحرب حتى صارت امنة
لم يكن لها بعد ذلك ان تسافر بدون محرم فان قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم السبيل بالزاد والراحلة
ولم يذكر المحرم اجيب بان ذلك حجة من جعله شرط الاداء ومن جعله شرط الوجوب
قال لم يذكره لان السائل كان رجلا فان قيل لا نسلم بان الفتنة تزداد بانضمام غيرها اليها

فان المبتوتة اذا اعتدت في بيت الزوج بحيلولة ثقة جاز ولم يكن انضمامها اليها فيه اجيب بان انضمام
المرأة اليها يعينها على ما تحرك ادعينا ادرتها وتعليم ما عسى يعجز عنه بفكرها وانما لم يكن في المعتدة كذلك
لان الاقامة موضع امن وقدرة على دفع الفتنة وفيه نظر لانه مثلها لا تعد ثقة والكلام فيها ولا يتجه الا السنة
بنا فيض جواب المنع والاولى ان يقال هن ناقصات دين وعقل فلا يؤمن ان تخادع فيكون عليها في الافساد دون
في التوطين والتمكين فيعجز هي عن دفعها في السفر وهذا المعنى منعدم في الحضر لامكان الاستغاثة
وقوله بخلاف ما اذا كان متصل بقوله اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة ايام وهو واضح وكذا قوله
وان وجدت محرما ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض الا ترى انه لا يمنعها عن صيام شهر
رمضان والصلوات والحج نفلا لانه له ان يمنعها ولهذا كان له ان يحللها من ساعته وقوله واذا كان المحرم
فاسقا ظاهر واذا بلغ الصبي بعدما احرم او اعتق العبد يعني بعدما احرم فمضيا لم يجزهما
عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل لعدم الخطاب وشرط الوجوب في حقهما فلا ينقلب
لاداء الفرض واعترض بان الاحرام شرط على ما ذكرتم كالطهارة والشرط يراعى وجوده لا وجوده
قصدا الا ترى ان الصبي اذا توضأ ثم بلغ بالسن فنوى ان تكون تلك الصلوات فرضا لا ينقلب
اليها ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم
يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية ولهذا لو نفر او تحظور لم يلزمه شيء واذا
كان كذلك جاز الفسخ والشروع في غيره واما احرام العبد فلازم لكونه مخاطبا ولهذا
لو اصاب صيدا كان عليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه بقتل الصيد وهو ليس من اهل
التكفير بالمال فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره والظاهر ان تخرجه من ذلك
الاحرام اذا لانفعال فسواء جدد التلبية او لم يجددها باق على ذلك الاحرام ولا تجزيه
عن حجة الاسلام **فصل** لما فرغ عن ذكر من يجب عليه الحج وذكر شروط الوجوب
وما يتبعها شرع في بيان اول امكنة يتلبس فيها بافعال الحج وهي المواقيت التي لا يجوز ان يتجاوزها
الانسان الا محرما والمواقيت جمع ميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير
المكان للوقت في قوله تعالى هنالك الولاية والمواقيت خمسة كما ذكر في الكتاب وقوله هذا وقت
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء لا يقال كيف كان التوقيت لاهل العراق والشام
ولم يكونوا مسلمين اجيب بانه صلى الله عليه وسلم علم بطريق الوحي انهم يسلمون فوقت لهم على ذلك
وقوله وفائدة التاقيت واضح **وقوله** على قصد دخول مكة قيد بذلك لانه لو لم يقصد
ذلك ليس عليه ان يحرم قال في النهاية اعلم ان البيت لما كان معظما مشرفا جعل له حصن
وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم حرم وهو المواقيت حتى لا يجوز لمن دونه ان يتجاوز الا
بالاحرام تعظيما للبيت والاصل فيه ان كل من قصد مجاوزة ميقات لا يجوز الا بالاحرام
ومن قصد مجاوزة ميقاتا غير ميقات اهل الافاق وميقات اهل الحل والحيلة لمن اراد من الافاقي
دخوله بغير احرام ان يقصد بستان بني عامر او غيره من الحل فلا يجب الاحرام لانه
قصد مجاوزة ميقات واحد **وقوله** عنده ما اشاره الى خلاف الشافعي فان عنده ان الاحرام
يجب عند الميقات على من اراد دخول مكة للحج وللعمرة فاما من اراد دخولها لقتال فليس عليه
الاحرام قولا واحدا لان النبي صلى الله عليه وسلم دخلها يوم الفتح بغير احرام وله في
الداخل للتجارة قولان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب
الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة لا لانه شرط للحج بدليل ان من كان داخل الميقات يحرم

من دويرة

من دويرة اهله وتعظيمها لم يختلف بالنسبة الى الحاج وغيره فيستوي فيه التاجر والمعتمر
وغيرهما وما رواه الشافعي من خصوصيته صلى الله عليه وسلم كما قال في خطبته يوم الفتح
ان مكة حرام حرمها الله يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي
وانما احلت لي ساعة من نهار الى يوم القيامة **وقوله** ومن كان داخل الميقات ظاهر والاصل
انه صلى الله عليه وسلم رخص للحاطبين دخول مكة بغير احرام وكذلك قوله فان قدم الاحرام
ظاهر قيل انما صغر الدويرة تعظيما للكعبة كذا قاله علي وابن مسعود يعني ان تمامهما ان تحرم
من دويرة اهله وروي عن ابن عباس مثله وقيل اتمامها ان تفرد لكل منهما سفرا كما قال محمد حجة
كوفية وعمرة كوفية افضل والافضل التقديم عليها لان الاتمام مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم
اوفر وقال الشافعي الاحرام من الميقات افضل لان الاحرام عنده من الاداء **وقوله** وعلى حنيفة
ظاهر **وقوله** ومن كان داخل الميقات فوقته اي موضع احرامه الحل الذي بين المواقيت لانه يجوز
احرامه من دويرة اهله لما تلونا فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات لما جاز ان يحرم من
دويرة اهله وحيث جاز له ذلك جاز ان يحرم من اي موضع شاء من الحل الا انه ما وراء الميقات
الى الحرم مكان واحد وقوله ومن كان بمكة ظاهر **وقوله** لورود الاثر به اراد به قوله وامر اخا
عائشة ان يعمرها من التنعيم والله الموفق

باب الاحرام

لما فرغ من ذكر المواقيت ذكر كيفية الاحرام الذي يفعل في تلك المواقيت والاحرام لغة مصدر
احرم اذا دخل في الحرام كاشتى اذا دخل في الشتاء وفي عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه
لاداء هذه العبادة فان من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلاة والحج ومنها ما ليس له ذلك كالصوم
والزكاة واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل وكانه يدفع ما يتوهم ان الغسل اذا كان
افضل وجب ان لا يقوم غيره مقامه فقال لان المقصود التنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا
عنها وروي ان ابا بكر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان اسماء قد نفست فقال مرها فلتغتسل
ولتحرم بالحج ومعلوم ان الاغتسال الواجب لا يتأدى مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة وكل غسل
كان لمعنى النظافة تقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة والعيدين لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه
اتم ولانه عليه السلام اختاره اي اثره على الوضوء وضعف تركيبه لا يخفى على المتامل ولبس
ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء وفي ذكر الجديد نفي لقول من يقول بكراهة لبس الجديد
عند الاحرام والازار من الحقو اي الخصر والرداء من الكتف لانه صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدى
اي لبس الازار والرداء ويدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر ويبقى كتفه الايمن مكشوفا
ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره ولا شيء عليه **وقوله** ولانه ممنوع ظاهر
وقوله لانه اقرب الى الطهارة لانه لم تصبه النجاسة ظاهرا ومس طيبا ان وجد اي طيبا كان في
ظاهر الرواية وروى المعلى عن محمد انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام كالمسك والغالية
قال محمد كنت لا ارى باسا بذلك حتى رأيت قوما احضروا طيبا كثيرا ورأيت امرا شنيعا فكرهته
وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام قيل انه اذا عرق ينتقل الى موضع اخر
من بدنه فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الاحرام في الموضع الثاني يؤيده ما روي انه عليه
السلام رأى اعرابيا عليه خلوق فقال اغسل عنك هذا الخلوق ووجه المشهور حديث عائشة قالت
كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم وفيه نظر لجواز انه لو تحلل الطيب
مما لا يبقى اثره بعد الاحرام والمكروه ذلك والجواب ان من جملة حديث عائشة ولقد رايت وبيص الطيب

في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه قبل أن يحرم وفيه بعد الإحرام ولما كان ذلك معلوما
من حديث عائشة اقتصر عن ذكره ولأن الممنوع عن المحرم التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به
ولا حكم للتبع فيكون بمنزلة العدم بخلاف الثوب المخيط إذا لبس قبل الإحرام وبقي نائماً وعن هذا إذا
حلف لا يتطيب فدام على طيب كان في جسده لا يحنث وإذا حلف لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه حنث
وحديث الأعرابي محمول أنه كان على ثوبه لا على بدنه. **قوله** وصلى ركعتين عقيب إحرامه روى
عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أتاني آت من ربي بالعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك ركعتين
وقل لبيك بحجة وعمرة معاً ويقرأ فيهما ما شاء وإن قرأ في الأولى بفاتحة الكتاب وقل يا أيها الكافرون
وفي الثانية بفاتحة الكتاب وقل هو الله أحد تبركاً بفعله فهو أفضل قال يعني محمد وقال يعني الذي يريد
الحج اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني قال في النهاية وفي بعض النسخ لم يذكر قال الأولى وبلفظة
حديث جابر أنه صلى النبي صلى الله عليه وسلم بذي الحليفة قال أي النبي صلى الله عليه وسلم والصحيح هو الأول
لأنه هو المثبت في الكتب المتفقة على الإسناد **قوله** لأن أداها أي هذه العبادة تعليل بسؤال
التيسير. قوله ثم يلبي يريد من أراد الحج عقيب صلاته اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال ابن عباس أي دبر صلاته وقال ابن عمر أي حين استوى على راحلته وذكر جابر
أنه أي حين على البيداء وابن عمر رد هذا فقال بيداؤكم هذه تكذبون فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما لبى
عند ما استوت به راحلته وروي عن سعيد بن جبير قلت لابن عباس كيف اختلف الناس في وقت تلبية
رسول الله صلى الله عليه وسلم وما حج إلا مرة واحدة فقال إني رسول الله صلى الله عليه وسلم في دبر صلاته
فسمع ذلك قوم من أصحابه فنقلوا وكان القوم يأتونه أرسالاً فلبى حين استوت به راحلته فسمع
قوم فظنوها أول تلبية فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا على البيداء فسمعه قوم آخرون فظنوها أول تلبية
فنقلوا ذلك وايم الله ما أوجبها إلا في مصلاه فعلنا بالإثبات بقول ابن عباس أفضل لأنه أكثر روايته
باليمين والإثبات بقول ابن عمر وجابر **قوله** وإن كان مفرداً بالحج ظاهر **قوله** والتلبية أن
يقول لبيك اللهم لبيك وهو من المصادر التي تجب حذف فعلها لوقوعه مثنى واختلفوا في معناه فقيل مشتق
من قولهم ألب الرجل إذا أقام في مكانه فمعنى لبيك أقيم على طاعتك إقامة بعد إقامة لأن التثنية
هاهنا للتكرير والتكثير وقيل مشتق من قولهم امرأة لبة أي محبة لزوجها فمعناه محبتي لك يا ربي وقيل
من قولهم داري تلب داره أي تواجهها فمعناه اتجاهي لك مرة بعد أخرى والأول أشبه **قوله** إن
الحمد بكسر الألف لا بفتحها هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود في صفة الأولى قبل مراده الحقيقية وهي المعنى
القائم بالذات لا الصفة النحوية وتقديره إلى أن الحمد والنعمة لك أي وأنا موصوف بهذا القول وقيل
المراد منه التعليل لأنه يكون نعتاً للأمر أي لبي لأن الحمد فيه تعليل وقيل أن مراده صفة التلبية أي لبي
تلبية هي أن الحمد لك وعلى هذا أفضل من كسر الهمزة فقال عم ومن فتحها فقد خص **قوله** وهو ذكر التلبية
إجابة لدعوة الخليل عليه السلام على ما هو المعروف في القصة وهي ما روي أن الخليل عليه السلام لما فرغ
من بناء البيت أمر بأن يدعو الناس إلى الحج فصعد أبا قبيس وقال ألا إن الله أمر ببناء بيت له وقد بني ألا
فحجوا فبلغ الله صوته الناس في أصلاب آبائهم وأرحام أمهاتهم فمنهم من أجاب مرة ومرتين وأكثر من ذلك
على حسب جوابهم يحجون وتؤيد هذا قوله تعالى وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالاً فالتلبية إجابة لدعاء
الخليل ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا اللفظ وغيره من الثناء والتسبيح والعربي والفارسي على
قول أبي حنيفة فظاهر لتجويزه ذلك في تكبيرة الافتتاح وفرق محمد بينهما بما ذكره هاهنا وهو قوله
الهدي قائم مقامه فكذلك غير العربية تقوم مقامها بخلاف الصلاة ولهذا أفرق أبو يوسف أيضاً بين

الصلاة والتلبية ولكن العربية أفضل **قوله** فلا ينقص عنه قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل
لو قال اللهم ولم يزد عليه كان على الاختلاف الذي ذكرنا في الشروع في الصلاة فمن قال يصير
به شارعاً في الصلاة قال يصير به محرماً ومن قال لا فلا **قوله** ولو زاد فيها جاز ظاهر **قوله**
زادوا على المأثور قال عبد الله بن مسعود أهل الناس أمر طالبهم العهد لبيك عدد التراب
لبيك وأراد بالعهد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزادوا في رواية لبيك حقاً حقاً
تعبداً ورقاً لبيك لبيك عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك لبيك إله الحق لبيك لبيك
والرغباء إليك لبيك من عبيد آبق لبيك **قوله** لأن المقصود الثناء ظاهر والجواب عن التشهد
والأذان أن التشهد في تعليمه زيادة التأكيد قال ابن مسعود كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فالزيادة تخل به بخلاف التلبية لأنها الثناء من غير
تأكيد في تعليم نظمه فلا تخل بها الزيادة والأذان للإعلام وقد صار متعارفاً بهذه الكلمات
فلا يبقى إعلاماً بغيرها وللشافعي في المسألة كثير اختلاف فإنه جعل المنقول أفضل في رواية قاله
في شرح الوجيز لا يستحب الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم بل يكون مكروهاً
ونحن لا نكرهها كذا في الأسرار **قال** وإذا لبى فقد أحرم من أراد الإحرام إذا نوى به
ولبى فقد أحرم ولا يصير شارعاً بمجرد النية ولا بمجرد التلبية أما الأول فلأن العبادة لا
تتأدى إلا بالنية إلا أن العمد وي لم يذكرها لتقدم الإشارة إليها في قوله اللهم إني أريد الحج
وأما الثاني فلأنه عقد على الأداء أي على أداء عبادة تشتمل على أركان مختلفة وكل ما كان كذلك
فلا بد للشروع فيه من ذكر يقصد به التعظيم سواء كانت تلبية أو غيرها عربياً أو غيره في المشهور
كما ذكرنا أو ما يقام مقام الذكر كتقليد الهدي فإنه يقوم مقامه في حصول المقصود وهو إظهار الإجابة
للدعوة وقال الشافعي في أحد قوليه يصير شارعاً بمجرد النية لأنه التزم الكف عن ارتكاب المحظورات
وكل ما كان كذلك يصير الشروع فيه بمجرد النية كالصوم والجواب أنا لا نسلم أنه في الإحرام التزم الكف
بل التزم الأفعال والكف ضمني لأنه من محظورات الحج بخلاف الصوم فإن الكف فيه ركن فكان التزامه قصداً
قوله ويتقي ما نهى الله عنه ظاهر **قوله** فهذا نهي بصيغة النفي [illegible] في كلام
الشارع [illegible] لأن ذكر الجماع في غير حضرة النساء ليس برفث
روي عن ابن عباس أنه أنشد في إحرامه وهن يمشين بنا هميساً إن تصدق الطير ننك لميسا
فقيل له أترفث وأنت محرم فقال إنما الرفث ما كان بحضرة النساء ومعنى قوله تعالى لا تقتلوا الصيد
وأنتم حرم لا تقتلوا الصيد وأنتم محرمون **قوله** ولا يشير إليه الإشارة تقتضي الحضرة
والدلالة تقتضي الغيبة **قوله** [illegible]
الأمر عن الصيد لأنه آمن بتوحشه [illegible] **قوله** ولا يلبس قميصاً
ظاهر **قوله** [illegible]
[illegible]
فإن قيل كيف تمسك أصحابنا بهذا الحديث ومذهبنا على خلاف حكم الحديث في المحرم يموت في إحرامه
حيث يصنع به ما يصنع بالحلال من تغطية رأسه ووجهه [illegible]
[illegible]
[illegible]
روي عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم مات فقال خمروا رأسه ووجهه ولا تشبهوا باليهود

أن يقول لو كان للاحرام تاثير في ترك تغطية الراس والوجه لما اختص بهما **وقوله** ولان المراة لا تغطي وجهها
ظاهر **وقوله** وفائدة ما روي يعني احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها الفرق في تغطية الراس ولا يجوز
للرجل ذلك لان يغطي الرجل وجهه في الاحرام **وقوله** ولا يمس طيبا الطيب ما له رائحة طيبة لقوله صلى الله عليه
وسلم الحاج الشعث التفل والشعث بالكسر نعت وبفتحها مصدر وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل الذي
وهو ترك الطيب حتى يوجد منه رائحة كريهة وكذا الامار وبالله هي يعني الحاج الشعث التفل **قال** ولا يحلق راسه المحرم
لا يحلق شعرا مطلقا لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله الاية وهو بعبارته ينهى عن حلق الراس وبدلالته
عن حلق شعر البدن فيلحق به دلالة **قوله** ولا يقص لحيته ظاهر وقوله قضاء التفث يعني ازالة الوسخ والورس
صبغ اصفر وقيل نبت طيب الرائحة وفي القانون الورس شيء احمر قاني يشبه سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن
وقوله ولا ينفض اي لا يوجد منه رائحة الورس والزعفران والعصفر وعن محمد انه لا يتعدى اثر الصبغ الى غيره اولا
يفوح منه رائحة الطيب والثاني مختار المصنف لانه قال لان المنع الطيب لا للون واعترض على المروي عن
القدوري وهو ينفض على بناء الفاعل لانهم يقولون نفضت الثوب النفضة نفضا اذا حركته ليسقط
ما عليه والثوب ليس بنافض وانكر هذه الرواية وقيل بل هي على بناء المفعول ولئن كانت اسنادا
مجازيا وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له فلا يكون في معنى ما ورد به الحديث وهو الورس
والزعفران فيلحق به وقلنا حديث الورس والزعفران في العصفر بالاولوية لانه فوق الورس في طيب الرائحة وهو مذهب
عائشة **وقوله** ولا باس بان يغتسل ظاهر والهميان معروف وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير وفي سنن
عائشة رضي الله عنها هل يلبس المحرم الهميان فقالت استوثق في نفقتك بما شئت ولانه ليس في معنى لبس المخيط
والمنهي عنه الاستمتاع بلبس المخيط ولو تقلد بشد الازار والرداء بالحبل او غيره فانه مكروه ولو فعله يوما
كاملا لزمه الصدقة بالاجماع وليس في معنى لبس المخيط وبما اذا عصب العصابة على راسه فانه مكروه ولو فعله
يوما كاملا لزمه الصدقة وليس في معنى لبس المخيط واجيب عن الاول بان الكراهة فيه ثبتت بنص ورد فيه وهو
ما روي انه صلى الله عليه وسلم راى رجلا قد شد فوق ازاره حبلا فقال الق ذلك الحبل وبالثاني
بان لزوم الصدقة انما هو باعتبار تغطية بعض الراس بالعصابة والمحرم ممنوع عن ذلك الا انه لما كان تغطية جزء
يسير يكتفى فيه بالصدقة **وقوله** لا يغسل بالخطمي لانه يقتل هوام الراس قيل لوجود هذين المعنيين كاملا
الجناية فوجب الدم عند ابي حنيفة اذا غسل راسه بالخطمي فان له رائحة وان لم تكن زكية وفي قول ابي يوسف
عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان ولكنه يقتل الهوام **قال** ويكثر من التلبية عقيب الصلوات
وكلما علا شرفا المحرم يكثر التلبية في خمسة اوقات على ما ذكر في الكتاب وزاد الاعمش عن خيثمة رضي الله عنه
سادسا وهو ما اذا استعطف الرجل راحلته والتعليل في الكتاب ظاهر وقوله ويرفع صوته بالتلبية والتلبية
للاعلام بالشروع فيما هو من اعلام الدين فكان رفع الصوت بها مستحبا وقوله واذا دخل مكة وافتح
قال ان تبرك بالمنقول منها اي من الدعوات فحسن ومن المنقول هو انه اذا وقع بصره على البيت
يقول اللهم زد بيتك هذا تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة بسم الله الله اكبر وزد من شرفه وعظمه
وكرمه ممن حجه او اعتمره تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة بسم الله الله اكبر وعن عطاء ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يقول اذا لقي البيت اعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر
وقوله ثم ابتدا بالحجر ظاهر **وقوله** واستلمه يقال استلم الحجر تناوله باليد او بالقبلة او مسحه بالكف
من السلمة بفتح السين وكسر اللام وهي الحجر وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الحجر الاسود
ووضع شفتيه عليه وروي ان عمر رضي الله عنه في خلافته اتى الحجر الاسود ووقف فقال اما اني اعلم
انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم استلمك ما استلمتك فبلغ مقالته

عليا

مقالته عليا فقال اما ان الحجر ينفع فقال ما منفعته يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى لما اخذ الذرية من ظهر آدم وقررهم بقوله الست بربكم قالوا
بلى اودع اقرارهم الحجر فمن يستلم الحجر فهو يجدد العهد بذلك الاقرار والحجر يشهد له يوم القيامة **وقوله**
انك رجل ايد اي قوي والعرجون اصل الكباسة **وقوله** واستلم الاركان يعني الحجر الاسود والركن اليماني
وانما جمعه باعتبار تكرار الاشواط وانما قلناه لانه ذكر في الكتاب بعد هذا فانه لا يستلم غيرهما
والمحجن بفتح الميم وكسر الجيم عود معوج الراس كالصولجان **وقوله** وان لم يستطع شيئا من ذلك
استقبله وكبر وهلل قيل انه يجعل باطن كفيه الى الحجر دون السماء ولا يجعل باطن كفيه الى السماء كما كان
يفعل في ساير الادعية لانه في حقيقة الاستلام يجعل باطن كفيه الى الحجر فكذا في البدل وقوله ثم
اخذ عن يمينه بيان لمبدا الطواف وهو من الحجر فان افتتح من غيره لم يذكر محمد في الاصل واختلف
المتاخرون فقال بعضهم لا يجزيه وهكذا ذكر في الرقيات ووجهه ان الامر بالطواف مجمل في حق
الابتداء فالتحق فعل النبي صلى الله عليه وسلم بيانا فيفترض الابتداء به وقال اخرون يجوز لان الامر
بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر في الكتاب وانما قيد باليمين لانه لو اخذ عن يساره وهو الطواف
المنكوس فطاف كذلك سبعة اشواط يعتد بطوافه عندنا ويعيده ما دام بمكة وان رجع
الى اهله قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي لا يعتد بطوافه **وقوله** وقد اضطبع رداه قال
في المغرب الطواب بردائه وفي الصحاح انما سمي بهذا الضبع لابداء الضبعين وهو
التابط ايضا **وقوله** في حديث عائشة يعني ما روي ان عائشة رضي الله عنها نذرت ان فتح
الله مكة على رسوله ان تصلي في البيت ركعتين فاخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها
وادخلها الحطيم وقال صلي ها هنا فان الحطيم من البيت الا ان قومك قصرت بهم النفقة فاخرجوه
من البيت ولولا حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بناء الكعبة واظهرت قواعد الخليل وادخلت
الحطيم في البيت والصقت العتبة بالارض وجعلت لها بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت
الى قابل لافعلن ذلك فلم يعش ولم يتفرغ لذلك احد من الخلفاء الراشدين حتى كان زمن عبد الله
بن الزبير وكان سمع الحديث منها ففعل ذلك واظهر قواعد الخليل وبنى البيت على قواعد الخليل
بمحضر من الناس وادخل الحطيم في البيت فلما قتل كره الحجاج بناء الكعبة على ما فعله ابن الزبير
وكان لم يسمع الحديث فنقض بناها واعادها على ما كانت عليه في الجاهلية واذا كان الحطيم من
البيت فلا بد من ادخاله في الطواف وباقي كلامه واضح **قال** ويرمل في الثلث الاول قال
ابن عباس رضي الله عنه لا رمل في الطواف وانما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة القضا
وهو انه عليه السلام لما قدم مكة للعمرة عام الحديبية صده المشركون عن البيت فصالحهم
على ان ينصرف ويرجع في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج فلما قدم في العام
الثاني لطواف البيت ثلاثة ايام وصعد رجال الجبل وطاف رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اصحابه
فسمع بعض المشركين يقول لبعض اضناهم حمى يثرب فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم
مع الصحابة ورملوا وقال لاصحابه رحم الله امرءا ارى من نفسه قوة واذا كان كذلك لا يظهر الجلادة
اليوم وقد انعدم ذلك المعنى الان فلا معنى للرمل قلنا ما ذكره ابن عباس هو سببه
ولكنه صار سنة بعد ذلك السبب وبقي الحكم بعد زواله وروي عن جابر وابن عمر رضي الله عنهم
ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف يوم النحر في حجة الوداع ورمل في الثلث الاول ولم يبق المشركون
بمكة عام حجة الوداع **وقوله** ويمشي في الباقي على هينته اي على السكينة والوقار فعله

فعله من الهرولة والرمل من الحجر الى الحجر اى من الحجر الاسود الى الحجر الاسود فان زحمه الناس في الرمل
قام يعني وقف ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلاث وقوله ويستلم الركن اليماني اليمن خلاف الشام
لانها بلاد على يمين الكعبة والنسبة اليه يماني بتشديد الياء او يمان بالتخفيف على تعويض الالف احد
يائي النسبة وقوله حسن اي مستحب وقوله ثم يأتي المقام اي مقام ابراهيم عليه السلام وهو
الحجر الذي فيه اثر قدميه وهي واجبة اي الصلاة عند المقام واجبة عندنا وقال الشافعي سنة
لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطايف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب
واعترض بوجهين احدهما ان هذا الحديث لا اصل له في كتب الحديث والثاني ان حديث الاعرابي وهو انه
عليه السلام لما علم الاعرابي الصلوات الخمس قال هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع يعارضه
وهو اقوى منه فكيف يفيد الوجوب واجيب بان الراوي اذا كان عدلا فقوله كاف لا يوجب القدح فيه وعن
الثاني بان حديث الاعرابي متروك الظاهر فانا اجمعنا على الصلاة الجنازة وصلاة العيدين واجبة وليس
في الحديث بيانها ويحتمل ان يكون حديث الاعرابي قبل هذا الحديث وقوله وهذا الطواف طواف القدوم
هذا الطواف له اربعة اسامي طواف القدوم وطواف التحية وطواف اللقا وطواف اول العهد وقوله وهو
سنة ظاهر وقوله وفيما رواه سماه تحية جواب عن استدلال مالك بالحديث وهذا لان التحية في اللغة
اسم لاكرام يبتدى به الانسان على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب وان كان على صيغة الامر كما في قوله
اكرموا الشهود فان قيل قوله تعالى فحيوا باحسن منها وارد بلفظ التحية وقع بطريق المشاكلة وقوله وليس على
اهل مكة ظاهر وقوله ثم يخرج الى الصفا ظاهر وقال في التحفة تاخير السعي بين الصفا والمروة الى
طواف الزيارة اولى لكن العلما رخصوا في اتيان السعي عقيب طواف القدوم لان يوم النحر الذي هو وقت طواف
الزيارة يوم مشغول من الذبح ورمي الجمار وحلق فلذلك جعله تابعا للسنة وهو طواف القدوم تخفيفا
على الناس وقوله ثم ينحط اي ينزل نحو المروة ويمشي على هينته اي على السكينة والوقار فاذا بلغ بطن الوادي
سعى بين الميلين الاخضرين لما روى جابر رضي الله عنه لما صعد النبي صلى الله عليه وسلم الصفا قال لا اله
الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله وحده انجز وعده
ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرا مقدار خمس وعشرين اية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي
نحو المروة فلما انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم
وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم وقوله كما يفعل على الصفا اي من التكبير والتهليل والصلاة على النبي صلى
الله عليه وسلم والدعا بالحاجة وقوله وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدا بالصفا ويختم بالمروة
فيه اشارة الى نفي قول الطحاوي انه يطوف بينهما سبعة اشواط وعلى ما قال الطحاوي يصير اربعة عشر شوطا
كذا في المبسوط فان قيل ما الفرق بين الطواف والسعي كان منتهى الطواف هو المبتدا دون السعي اجيب بان
الطواف دوران لا يتاتى الا بحركة دورية فيكون المبتدا او المنتهى واحدا بالضرورة واما السعي فهو قطع
مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضي عوده على بدئه وقوله لما روينا اشارة الى قوله وسعى
في بطن الوادي وقوله وانما يبدا بالصفا ظاهر ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن عندنا
وقال الشافعي انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح
عليه ان يطوف بهما ووجه الاستدلال ان مثله يستعمل للاباحة كما في قوله تعالى فلا جناح عليكم ان تقصروا
[illegible]
[illegible]

من شعائر الله

من شعائر الله فان الشعائر جمع الشعيرة وهي العلامة وذلك يكون فرضا فاول الاية يدل على الفرضية
واخرها على الاباحة فعملنا بهما وقلنا بالوجوب لانه ليس بفرض علما وهو فرض عملا فكان فيه نوع
من كل واحد من الفرض والاستحباب وقيل بالاجماع ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به
ولم يوجد لكنه كذلك وقوله ثم معنى ما للوالدين قال بعضهم ليست بمنسوخة باية المواريث
بين الوصية والميراث والمانع يكفيه ذلك فان قيل ما بال المصنف اعرض عن الاستدلال بالاية
فانه لكونه خبر واحد ادل على الوجوب وصحيح من معين من الركنية فالجواب انه انما اعرض عنه لانه
رواية عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف قاله النسائي ويحيى ابن معين والدارقطني وقال احمد
احاديثه منكرة وقوله ثم يقيم بمكة حراما اي محرما لانه محرم بالحج فلا يحل حتى يطوف وكل من كان
كذلك لا يتحلل قبل الاتيان بافعاله وهذا الترتيب بها وقوله والصلاة اخر موضوع قلنا
الطواف قبل الا ان الطواف التطوع افضل للغربا وصلاة التطوع لاهل مكة لان الغربا يفوتهم
الطواف ولا يفوتهم الصلاة واهل مكة لا يفوتهم الامران فعند الاجتماع الصلاة افضل قال
والاشتغال بالسعي غير مشروع لانه بالنص مرة فالتكرار لا يكون الا بالقياس على الطواف ولا مجال له
فيه وقوله فاذا كان قبل يوم التروية بيوم وهو اليوم السابع من ذي الحجة خطب الامام يعني خطبة
واحدة من غير ان يجلس بين الخطبتين بعد صلاة الظهر وكذلك في الخطبة الثالثة التي يخطب بمنى واما في
خطبة عرفات فيجلس بين الخطبتين وهي قبل صلاة الظهر وقوله فالحاصل ان في الحج ثلاث خطب ظاهر
وقوله فاذا صلى الفجر يوم التروية وهو اليوم الثامن من ذي الحجة قيل انما سمي بذلك لان ابراهيم عليه
السلام راى ليلة التروية كان قائلا يقول له ان الله يامرك بذبح ابنك هذا فلما اصبح تروى اي تفكر
في ذلك من الصباح الى الرواح امن الله هذا الحلم ام من الشيطان فمن ثم سمي يوم التروية فلما امسى راى
مثل ذلك فعرف انه من الله فمن ثم سمي يوم عرفة ثم راى مثله في اليوم الثالث فهم بنحره في الليلة
الثالثة فهم بنحره فسمي يوم النحر وقيل انما سمي يوم التروية بذلك لان الناس يروون بالماء من العطش
في هذا اليوم ويحملون الماء بالروايا الى عرفة ومنى وانما سمي يوم عرفة لان جبريل عليه السلام علم
ابراهيم الخليل صلوات الله عليه المناسك كلها يوم عرفة فقال له اعرفت في اي موضع تطوف وفي اي
موضع تسعى وفي اي موضع تقف وفي اي موضع تنحر وترمي فقال عرفت فسمي يوم عرفة وسمي يوم الاضحى
به لان الناس يضحون فيه بقرابينهم وقوله ثم يتوجه الى عرفات اي يتوجه من منى بعد صلاة الفجر
يوم عرفة الى عرفات فيقيم بها لما روينا انه صلى الله عليه وسلم راح الى عرفات وهذا بيان الاولوية
اما لو دفع قبله اي قبل طلوع الشمس وهذا اضمار قبل الذكر وكان من حق الكلام ان يقول ثم يتوجه
الى عرفات بعد طلوع الشمس حتى يصح قوله وهذا اي التوجه بعد طلوع الشمس وقوله اما لو دفع
قبله عليه قال بعض الشارحين ترك هذا القيد سهو من الكاتب وقوله لانه الضمير للشان وقوله
لا يتعلق بهذا المقام يعني منى حكم من المناسك فيجوز الذهاب قبل طلوع الشمس الى عرفات للوقوف فيها
وهو الركن الاعظم لا يقال انه لا يجوز ان يكون المكث نفسه الى طلوع الشمس من المناسك كالوقوف بالمزدلفة
لان ذلك انما يثبت بدليل منقول ولم يوجد وقوله وينزل بها اي بعرفة مع الناس لان الانتباذ
اي التفرد تجبر وقوله وقيل مراده يعني من قوله مع الناس ان لا ينزل على الطريق وقوله واذا
زالت الشمس يعني في عرفات يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدي فيخطب خطبة يعني قبل الصلاة
ولفظ يبتدي يشير الى ذلك وقوله وهكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم روى جابر رضي
الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس امر بالقصوى فرحلت له فركب حتى اتى بطن الوادي فخطب

الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر **وقوله** ولنا ما روينا اشارة الى قوله هكذا
فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام من الفسطاط فاذا فرغ المؤذن
خرج الامام لانه هذا الاذان لاداء الظهر كما في ساير الايام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة قال بعض الشارحين
وهذا اصح عندي وان كان على خلاف ظاهر الرواية لما صح من حديث جابر قال المصنف والصحيح ما ذكرنا
يعني ظاهر الرواية لان النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ووجه
الصحة ان رواية جابر يقتضي الاذان بعد الخطبة وهذه الرواية تقتضيه قبلها فتعارضا فاقتصرنا
الى ما بعدهما من الجمعة وهو القياس على الجمعة ويقيم المؤذنون بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان
الشروع في الصلاة فاشبه الجمعة **قال** ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر اي
يصلي الامام بالقوم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين اما نفس الجمع بين الصلاتين فلو
رود النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما واما كونه باذان واقامتين فبما روى جابر انه صلى الله
عليه وسلم صلاهما باذان واقامتين وبيانه ما ذكر في الكتاب ولا يتطوع بين الصلاتين يعني لا الامام
ولا القوم **وقوله** خلافا لما روي عن محمد رحمه الله فانه يقول لا يعيد الاذان لان الوقت قائم جمعهما
فيكتفي باذان واحد كما في العشاء مع الوتر ووجه الظاهر ما ذكره ان الاشتغال بالتطوع او بعمل اخر
يقطع فور الاذان الاول وقطع فور الاذان الاول يوجب اعادته للعصر لان الاذان
للاعلام وكل صلاة اصل بنفسها الا انه اذا جمع بينهما استغنينا عن الاعلام واذا انقطع عاد حكمه
الاصلي **وقوله** فان صلى بغير خطبة ظاهر وقوله ومن صلى الظهر في رحله اي في منزله وحده صلى العصر
في وقته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا المنفرد وغيره سيان في الجمع بينهما ومبنى الاختلاف على
ان تقديم العصر على وقته لاجل محافظة الجماعة او لامتداد الوقوف فعنده للاول وعندهما للثاني
لهما ان جواز الجمع لحاجة الى امتداد الوقوف بدليل انه لا جمع على من ليس عليه الوقوف وان الحاج يحتاج
الى الدعا في وقت الوقوف فشرع الجمع لئلا يشتغل عن الدعا والمنفرد وغيره في هذه الحاجة سوا فيستويا
في جواز الجمع ولابي حنيفة رحمه الله ان المحافظة على الفرض في الوقت فرض بالنصوص قال الله تعالى
حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وقال ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وكل ما هو كذلك
لا يجوز تركه الا بدليل قطعي وذلك فيما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين من بعده رضي الله عنهم من الجمع بالجماعة مع الامام فلا يجوز بدونه **وقوله** والتقديم لصيانة الجماعة لانه
يتعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا لان الموقف موضع واسع وطوله وعرض فلا يمكنهم اقامة
الجماعة الا بالاجتماع والذي يتعهد مرتين في العادة فجعل العصر للاجتماع فضيلة الجماعة الصلاة بالجماعة
لحق الوقوف لان الجماعة تفوت لا الى خلف وحق الوقوف يتادى قبل وبعد ومعه اذ لا منافاة بين
الوقوف والصلاة لان الوقوف لا ينقطع بالاشتغال كما لا ينقطع بالاكل والشرب والنوم وغير ذلك
وفي كلامه تسامح لانه جعل علة تقديم العصر تحصيل مقصود الوقوف حيث قال وانما قدم العصر
على وقته وههنا جعل علته صيانة الجماعة فان كان المقصود من الوقوف صيانة الجماعة صح الكلام لكن
ليس كذلك لان المقصود منه اداء اعظم ركني الحج وان كان غير ذلك تناقض كلامه ونورد عليه التعليل
واحد بالشخص وذلك غير جائز ويمكن ان يجاب عنه بان المقصود بالوقوف شيان احدهما عاجل والثاني اجل
والاول هو اشتغال ذا المكث لاجل الدعا المصالح دينه ودنياه والثاني اداء الركن وصيانة الجماعة فيجوز ان يكون
تقديم العصر معلولا لتحصيل مقصود الوقوف من حيث المقصود الاول ولصيانة الجماعة من حيث الثاني
واذا اختلف الجهة اندفع التناقض ونورد التعليلين والحاصل انهم اتفقوا على ان المقصود منه للمكلف

هو الامتداد في المكث لاجل الدعا ولكنهم اختلفوا في وجود غيره فقال الامام غيره وهو المنفرد
والجمع سوا وقال بل ثمة غيره وهو ما له من صيانة الجماعة وليس المنفرد فيه كالجماعة ثم عند ابي حنيفة
الامام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر رحمه الله في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته ها
واشتراط الامام للمتغير ولابي حنيفة رحمه الله ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه
فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج وكل ما كان
شرعه على خلاف القياس بالنص يقتصر على مورده وعلى هذا الاختلاف الاحرام بالحج قال ابو حنيفة
الاحرام شرط فيهما جميعا وقال زفر هو شرط في صلاة العصر وثمرته تظهر في ما اذا صلى الظهر
مع الامام ثم احرم بالحج فصلى العصر معه او احرم بالعمرة صلى الظهر ثم احرم فصلى العصر مع الامام لم يجزه
العصر الا في وقتها عند ابي حنيفة وعند زفر يجوز وشرط الامام من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية
لان الاحرام شرط جواز الجمع وشرط الشي يسبقه وجواز الجمع يتحقق اذا زالت الشمس مقارنا
والتقدم على احد المقارنين متقدم على الاخر وفي رواية اخرى يكتفي بالتقدم على الصلاة لان المقصود
هو الصلاة **قال** ثم يتوجه الامام الى الموقف اي بعد الجمع بين الصلاتين يتوجه الامام الى الموقف
فيقف بقرب الجبل لان النبي صلى الله عليه وسلم راح الى الموقف عقيب الصلاة **قوله** والجبل يسمى جبل
الرحمة ظاهر وقوله الا بطن عرنة واد حذا عرفات قيل راى النبي صلى الله عليه وسلم فيه الشيطان
فكان هذا نظير النهي عن الصلاة في الساعات الثلاثة والمزدلفة انما سميت بها لاجتماع فيها
ومنه قوله تعالى وازلفنا ثم الاخرين اي جمعناهم وقيل من الازدلاف بمعنى التقرب ومنه قوله
تعالى وازلفت الجنة للمتقين اي قربت وسميت بها لاقتراب الناس الى منى بعد الافاضة من عرفات
ووادي محسر بكسر السين وتشديدها هو بين مكة وعرفات **وقوله** كالمستطعم المسكين
في تعليم الصفة فايده وهي المبالغة في تحقيق المد فان التشبيه حينئذ انما يحصل بحالة الاستطعام
وهي حالة الاحتياج **وقوله** وان ورد الاثار ببعض الدعوات عن علي رضي الله عنه انه عليه السلام
قال ان اكثر دعائي ودعا الانبيا من قبلي عشية عرفة لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد
يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي بصري نورا
وفي سمعي نورا اللهم اشرح لي صدري ويسر لي امري واعوذ بك من وسواس الصدر وشتات الامر
وفتنة القبر اللهم اني اعوذ بك من شر ما يلج في الليل وشر ما يلج في النهار وشر ما تهب به الرياح **وقوله** الا في الدعا والثنا
اي الا في حق الدعا الذي وجب لبعضهم على بعض فيضاعف وعجز واعين استنفا بهم وفي حق المظلة التي
وجب لبعضهم على بعض وعجز واعين الانتصاف وقيل فقد استجيب له ذلك ايضا في المزدلفة وقوله
ويلبي في موقفه يعني يستديم كذلك الى ان يرمي اول حصاة من جمرة العقبة وقال مالك يقطعها كما يقف بعرفة
لان التلبية اجابة باللسان والاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان كتكبيرة الافتتاح في الصلاة ولنا
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اردف الفضل فاخبر الفضل انه لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة
ولان التلبية في الحج كالتكبير في الصلاة في كونه ذكرا مقصودا لا في افتتاح العبادة ويكرر في اثنائها كالتكبير
الفاسد ايضا يكون الى خروج من الاحرام وذلك انما يكون عندنا الرمي بالاجماع فينبغي ان يكون في اصل التلبية
وقوله والناس على هيئتهم انما هو اتباع للسنة فانه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايها الناس ليس البر
في ايجاف الخيل ولا في ايضاع الابل عليكم بالسكينة والوقار وان النبي صلى الله عليه وسلم دفع بعد غروب الشمس
ومشى على هينته في الطريق ولان فيه اظهار مخالفة المشركين فانه روي انه صلى الله عليه وسلم خطب
بعد غروب الشمس خطب عشية عرفة فقال ايها الناس ان اهل الجاهلية والاسلام كانوا يدفعون

من عرفة قبل غروب الشمس اذا تعممت بها رؤس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وان هذا ليس
كهدي اهم فاذا دفعوا بعد غروب الشمس فعلم باشر ذلك صلى الله عليه وسلم وامر به اظهار المخالفة
المشركين فليس لاحد ان يخالف ذلك وقوله ولم يجاوز رحل وعرفة اجزاه اشارة الى انه لو جاوزها
قبل الامام وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم ولكن ان عاد الى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الامام
منها بعد الغروب سقط عنه الدم وان عاد بعد الغروب لم يسقط قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب
ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة كلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه بدعوا بعلم
وقوله ويصلي الامام بالناس باذان واقامة اي في وقت العشا وقوله ثم يجيء اي اكل العشا وقوله
ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع اي لجمع المزدلفة عند ابي حنيفة رحمه الله لان المغرب مؤخرة عن وقتها
واداء الصلاة بعد خروج وقتها موافق للقياس لان القضا مشروع في جميع الصلوات فلا يجب مراعاة مورد
النص في النص وانه ورد في تاخير المغرب عند وجود الجماعة لكن لا تشترط فيه الجماعة واما تقديم الصلاة
على وقتها فمخالف للقياس من كل وجه فيراعى لذلك فيه جميع ما ورد فيه النص وانما خص ابا حنيفة بالذكر لان
الجماعة كانت شرطا عنده في الجمع بعرفات وقوله ومن صلى المغرب في الطريق اي في طريق المزدلفة
وحاصله لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه
وقد اسا وكذلك لو صلاها بعرفات وكذلك لو صلى العشا في الطريق بعد دخول وقتها لابي يوسف انه
اداها في وقتها ومن ادى صلاة في وقتها لا يجب عليه اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة
فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لاسامة بن زيد حين افاض من عرفة ومال
الى الشعب فقضا حاجته فتوضا وقال له اسامة يا رسول الله اتصلي الصلاة امامك يعني وقت الصلاة
امامك لان الصلاة فعل المصلي فلا يتصور ان يكون امامه ولكنها تذكر ويراد بها الوقت كما قال تعالى فخلف
من بعدهم خلف اضاعوا الصلاة وفسر بعضهم بان معناه مكان الصلاة امامك وهو مزدلفة فيكون
من باب ذكر الحال وارادة المحل وهذا اي قول النبي هذا اشارة الى ان التاخير واجب لانه لو لم يكن
ذلك كان معناه القضا بعد خروج الوقت وتفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه عليه الصلاة
والسلام فيجب النظر في سببه فاما ان يكون اتصال السير او امكان الجمع بين الصلاتين في المزدلفة لا سبيل
الى الاول لانه مكث عليه السلام الى الشعب وقضى حاجته بالماء فتعين الثاني فما كان ممكنا لا يصار الى غيره
والامكان ما لم يطلع الفجر فيجب الاعادة ما لم يطلع واما اذا طلع فقد فات الامكان فسقطت الاعادة وعورض
بان هذا الحديث من الاحاد فكيف يجوز ان يبطل به قوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا
ونحوها النص فيها دلالة قاطعة على تعيين الاوقات واما دلالتها على ان للصلاة اوقاتا وتعيينها
ثبت اما بحديث جبريل او بغيره من الاحاد او بفعله صلى الله عليه وسلم ومثل ذلك لا يفيد القطع
فجاز ان يعارضه خبر الواحد ثم يحمل بفعله صلى الله عليه وسلم وهو انه جمع بينهما بالمزدلفة ولا
يجوز ان يكون قضا فتعين ان يكون ذلك وقته واشكل عن ابي يوسف بان صلاة المغرب التي صلاها
في الطريق اما ان وقعت صحيحة او لا فان كان الاول فلا يجب الاعادة لا في الوقت ولا بعده وان كان
الثاني وجبت فيه لان ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضي الوقت واجيب بان الفساد موقوف يظهر
اثره في ثاني الحال كما مر في مسالة الترتيب قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر
بغلس اذا طلع الفجر يوم النحر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس والغلس ظلمة اخر الليل وفي بعض الشروح
نقلا عن الديوان اخر ظلمة الليل وهو اوفق لما نحن فيه على ما سيظهر قوله لرواية ابن مسعود
رضي الله عنه قال ما رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الا لوقتها الا بجمع فانه جمع المغرب

والعشا وصلى

والعشا وصلى صلاة الصبح من الغد قبل وقتها ولقايل ان يقول الدليل المنقول والمعقول الذين ذكرهما
المصنف غير مطابقين للمدلول اما المنقول فلانه يدل على انه عليه السلام صلاها بغلس والمدلول
قوله واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس واما المعقول فلان تقريره في التغليس دفع حاجة
الوقوف ودفع الحاجة يجوز التقديم كما تقدم العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقته فيكون
هاهنا كذلك تصحيحا للتشبيه وهو خلاف المطلوب والجواب عن الاول ان الراوي عن ابن مسعود
وهو عبد الرحمن بن يزيد وقد روى البخاري عنه في صحيحه انه قال خرجت مع عبد الله الى مكة
ثم قدمنا جمعا فصلى الصلاتين ثم صلى الفجر حين طلع الفجر وقايل يقول لم يطلع الفجر وهذا يدل على ان
المراد بقوله قبل وقتها المستحب لان الظاهر ان الراوي لا يعمل على خلاف ما روى ويؤيده حديث جابر
في الصحيحين فصلى الفجر حين تبين الصبح وعن الثاني بان معناه لما جاز تعجيل العصر على وقتها لحاجة
الى الوقوف بعدها فلان يجوز التغليس بالفجر وهو في وقتها اولى وقوله ثم وقف ووقف معه الناس
ظاهر وقوله حتى الدما والمظالم بالرفع حتى يدخل في المستجاب بان يرضي الخصوم بالازدياد في
مثوباتهم حتى يتركوا خصومهم من الدماء والمظالم وقوله وقال الشافعي انه ركن
قال في النهاية ونسبة هذا القول اليه سهو وقع من الكاتب لما انه ذكر في كتبهم ان الوقوف
بالمزدلفة سنة وذكر في المبسوط الليث بن سعد مكان الشافعي وذكر في الاسرار علقمة
مكان الشافعي وذكر في فتاوى قاضي خان مالكا مكان الشافعي ويجوز ان يكون المصنف
قد اطلع على نقل من مذهبه واستدلاله بقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله
تثبت الركنية لان الله تعالى امر بالذكر عند المشعر الحرام ولا يمكنه ذلك فيه الا بعد حضوره

جبل بالمزدلفة واسمه قزح يقف عليه الامام وعليه الميقدة
معرب

والوقوف فيه وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قدم
ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك لان ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر وقوله
والمذكور فيما تلي الذكر جواب عن استدلاله بالاية وتقريره ان المامور به في الاية هو الذكر وليس
بركن بالاجماع فكيف اما كان وسيلة اليه وهو الحضور والوقوف وقوله وانما عرفناه
وقوله لما روينا يعني به قوله انه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل فعلم بهذا الحديث
ان المراد من تعليق تمام الحج في قوله عليه السلام من وقف معنى هذا الموقف الى اخره من حيث
الكمال وهو الاتيان بالواجب لا من حيث الجواز وقوله لما روينا من قبل يعني قوله عليه السلام
والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وقوله هكذا وقع في نسخ المختصر اي في نسخ
مختصر القدوري وهذا غلط لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس رواه جابر وابن
عمر رضي الله عنهم قالا ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام حتى اذا كادت الشمس تطلع دفع
الى منى واقول معنى قوله واذا طلعت الشمس اذا قربت الى الطلوع وفعل ذلك اعتمادا على ظهور
المسئلة وقوله فيبتدي بجمرة العقبة الكلام في الرمي في اثني عشر موضعا احدها الوقت
وهو يوم النحر وثلاثة ايام بعده والثاني في موضع الرمي وهو بطن الوادي يعني من اسفله الى
اعلاه والثالث في محل المرمى اليه وهو ثلثة جمرة العقبة ومسجد الخيف والوسطى والرابع في كمية
الحصاة وهي سبعة عند كل جمرة والخامس في المقدار وهو ان يكون مثل حصى الخذف والسادس في
كيفية الرمي وهو ما ذكره في الكتاب وقيل ياخذ الحصا بطرف ابهامه وسبابته والسابع في مقدار
الرمي وقد ذكره في الكتاب والثامن في صفة الرامي وهو ان يكون راكبا او ماشيا لا فرق بينهما
والتاسع في موضع وقوع الحصاة والعاشر في الموضع الذي يوخذ منه الحجر وهما مذكوران في الكتاب

والحادي عشر فيما بين مجد وهو ما كان من جنس الارض والثاني عشر انه يرمي في اليوم الاول
جمرة العقبة لا غير وفي بقيته لا يرمي الجمار كلها وكلامه في الكتاب واضح **قوله** فيتشاءم
به ولا يتبرك بيانه في حديث سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس رضي الله عنهما ما بال الجمار
ترمى من وقت الخليل صلى الله عليه وسلم ولم يصر هضبا تسد الافق فقال اما علمت ان من يقبل
حجه يرفع حصاه ومن لم يقبل حجه ترك حصاه حتى قال مجاهد رحمه الله لما سمعت من ابن عباس جعلت
على حصياتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم اجد بتلك العلامة شيئا
من الحصاة **قوله** ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا اعترض عليه
بالفيروزج والياقوت فانهما من اجزاء الارض حتى جاز التيمم بهما ومع ذلك لا يجوز الرمي
بهما حتى لم يقع معتدا بهما في الرمي واجيب بان الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك
لا يحصل برميهما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الرمي الا بالحجر اتباعا لما ورد به الاثر لعدم
كونه معقولا وقلنا سلمنا انه غير معقول ولكن المنصوص عليه فعل الرمي وذلك يحصل بالطين
كما يحصل بالحجر والاصل فيه فعل الخليل ولم يكن في الحجر له بعينه مقصود انما مقصوده فعل الرمي
اما اهانة للكبش او لطرد الشيطان على حسب اختلاف الرواة فقلنا باي شيء حصل فعل الرمي
اجزاه ولا يرد الذهب والفضة ولا الجواهر لانه يسمى نثارا لا رميا **قوله** ثم يذبح
ان احب ثم يحلق او يقصر كلامه واضح **قوله** ظاهر بالترحم عليهم اي كرر الترحم على المحلقين
روى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم
المحلقين والمقصرين وذلك دليل على ان الحلق افضل **قوله** مقيدا بالاطلاق قيل هذا التقليد
مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ولم يعلم فيه خلاف ومن لا شعر له امر الموسى عليه على راسه
لانه العجز عن الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبه واختلفوا في كونه واجبا او مستحبا **قوله** لانه
من دواعي الجماع بعضده ان المعتدة يحرم عليها الطيب لهذا المعنى والجماع بدواعيه لا يحل حتى
يطوف كالقبلة والمس بشهوة ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها اذا حلق الحاج حل له كل شيء
الا النساء وقالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه ولاحلاله قبل ان يطوف
بالبيت وهذا لا يشك في تقديمه على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله قال الجماع فيما دون الفرج يرتفع بالحلق لانه لا يفسد الاحرام بحال ولنا ان
قضاء الشهوة بالنساء فيتوجه الى تمام الاحلال بالطواف وهذا لان دواعي الجماع ملحقة به
في المحظورات كما في الاعتكاف وقبل الحلق **قوله** ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا يعني اذا رمى
جمرة العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق وقال الشافعي رحمه الله يتحلل ويحل له كل شيء الا النساء وهو يقول
انه يتوقت بيوم النحر وكل ما هو كذلك هو محلل كالحلق ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية في غير
اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير اوانه وينتقض بدم الاحصار فانه محلل وليس بمحظور الاحرام
واجيب بان المراد مما كان محللا في الاصل ودم الاحصار ليس كذلك وانما صير اليه لضرورة
المنع **قوله** بخلاف الطواف جواب عما يقال الطواف محلل في حق النساء وليس بمحظور الاحرام وانما
هو ركن وتقريره ان التحلل لم يكن بالطواف بل بالحلق السابق وقوله ثم ياتي مكة من يومه يعني
اول ايام النحر وقوله ووقته ايام النحر اي وقت طواف الزيارة **قوله** فكان وقتهما واحدا اي وقت
الاضحية ووقت طواف الزيارة الا ان الاضحية لم تشرع بعد ايام النحر والطواف مشروع بعد
ذلك الا انه يكره تاخيره عن هذه الايام على ما يجيء وقوله واول وقته ظاهر وقوله والرمل

ماشرع

ما شرع الآخرة في طواف بعده سعي لان النبي صلى الله عليه وسلم انما رمل في طواف العمرة وهو طواف
بعده سعي وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين
والامر للوجوب وانما لم نقل لما روينا لانه ذكر فيه وجها للتمسك بالوجوب فكان قوله بينا اشمل واعم
من قوله روينا **قوله** ولكن بالحلق السابق تقدم معناه وقوله الا انه اخر عمله في حق النساء جواب عما يقال
اذا كان الحلق السابق محللا فكيف بقيت النساء محرمة وتقريره ان عمله تاخر في حق النساء ليقع الطواف
الذي هو ركن في الاحرام لئلا يقع التهاون في امره **قوله** وهذا الطواف اي طواف الزيارة وهو
المفروض في الحج وقوله ثم يعود الى منى يعني بعد طواف الزيارة فيقيم بها لان النبي صلى الله عليه وسلم
رجع اليها كما روينا يعني ما تقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت
ثم عاد الى منى وصلى الظهر وقوله ولانه بقي عليه الرمي ظاهر وقوله ويقف عند الجمرتين يعني
الاولى والوسطى في المقام الذي يقف فيه الناس وهو اعلى الوادي وقوله عليه السلام لا ترفع الايدي
حديث مشهور والمواطن هي عند افتتاح الصلاة والقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر
وعلى الصفا والمروة وبعرفات وجمع وعند المقامين عند الجمرتين وذكر الجمرتين يدل على انه
لا يقوم عند جمرة العقبة ويرفع يديه حذاء منكبيه نص عليه محمد وفي سائر الادعية لا يفعل
كذلك لان الرفع ينافي السكينة والوقار فلما في موضع ورود النص وترك في الباقي على اصل
الدليل **قوله** واذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد الزوال يعني اذا زالت الشمس في اليوم
الثالث من ايام النحر رمى الجمار الثلاث مثل ما رمى في اليوم الثاني وان اراد ان يتعجل النفر اي الذهاب
والخروج من منى الى مكة في اليوم الثالث من ايام النحر نفر ذلك وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع
بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه اي فمن تعجل في اليوم الثاني
والثالث من يوم النحر ومن تاخر الى اليوم الرابع فلا اثم عليه لمن اتقى **قوله** لمن اتقى يرجعا جميعا اي ذلك
التخيير ونفي الاثم في الحالين لاجل الحاج المتقي لئلا يتخالج في قلبه شيء منهما فيحسب ان احدهما يوثم صاحبه
في الاقدام عليه وانما خص المتقي لانه هو الحاج في الحقيقة عند الله **قوله** وفيه خلاف الشافعي فانه
يقطع عنده خيار النفر بغروب الشمس من اليوم الثالث لان المنصوص عليه التخيير في اليوم وهو يمتد
الى غروب الشمس وقلنا الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فلا [illegible] خياره بعد ذلك
[illegible] الزوال
جائز بلا خلاف وقوله بخلاف اليوم الاول والثاني يعني الاول والثاني [illegible] الجمار الثلاث لا
الاول والثاني من ايام النحر **قوله** في المشهور من الرواية احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة
رحمهما الله انه قال اذا كان من قصده ان يتعجل في النفر الاول فلا باس بان يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال وذلك
لدفع الحرج لانه اذا نفر بعد الزوال لا يصل الى مكة الا بالليل فيحرج في تحصيل موضع النزول وجه الظاهر
انه عليه الصلاة والسلام لم يرم فيه الا بعد الزوال **قوله** ثم عند ابي حنيفة حاصله ان الوقت
طلوع الفجر من يوم النحر الى طلوع الشمس وقت الجواز مع الاساءة [illegible] الى الزوال وقت مسنون
وما بعد الزوال الى الغروب وقت الجواز من غير اساءة والليل وقت الجواز مع الاساءة كذا في المبسوط شيخ
الاسلام وعن ابي يوسف انه يمتد الى وقت الزوال في اليوم الاول [illegible] لانه الوقت ثبت بفعل
الشرع ورد بالرمي قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقتا له والحجة عليه ما روي انه عليه السلام
اذن للرعاة [illegible] **قوله** وبيان ان الافضل ما روي عن ابي يوسف [illegible] ما روي ابراهيم
ابن الجراح قال دخلت على ابي يوسف في مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال الرمي راكبا افضل ام ما[illegible]

قلت ما اشبه الخطان ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي فيه ماشيا افضل وما ليس بعده وقوف فالرمي فيه
راكبا افضل فقمت من عنده فلما انتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته فتعجبت من حرصه على العلم في
مثل تلك الحالة والذي روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمار كلها راكبا فانما فعله ليكون اشهد للناس
حتى يقتدوا به فيما يشاهدونه به **وقوله** ولو بات في غيرها اي في غير منى مستجد الا يلزمه شي عندنا خلافا للشافعي
فانه قال ان ترك البيتوتة ليلة فعليه مد وان تركها ليلتين فعليه مدان وان ترك ثلاث ليال فعليه دم وفايدة
ترك البيتوتة في وجوب الجزا بترك الرمي ولنا انه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه يعني ان المقصود من البيتوتة
غيرها وهو ان يسهل عليه ما يتبع من الغد من النسك وهو الرمي فلما لم يكن مقصودة لنفسها لم يكن من افعال الحج فلم يوجب
تركها جابرا كالبيتوتة ليلة بمنى العيد **قال** ويكره ان يقدم من الرحل ثقله الى مكة الثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه
والجمع اثقال والمحصب اسم موضع ويسمى الابطح وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى نزل به رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهذا هو الاصح حتى يكون سنة **وقوله** هو الاصح احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما ان النزول به
ليس بسنة لكنه موضع نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفاقا والاصح عندنا انه سنة ونزل فيه رسول الله
صلى الله عليه وسلم قصدا على ما روى انه قال لاصحابه بمنى انا نازلون غدا الخيف خيف بني كنانة الخيف والخيف
بسكون الياء المكان المرتفع وخيف بني كنانة هو المحصب **وقوله** ويسمى طواف الوداع الوداع بفتح الواو اسم
للتوديع كسلام وكلام وهو واجب عندنا خلافا للشافعي فانه عنده سنة لانه بمنزلة طواف القدوم الا
ترى ان كل واحد منهما يختص به الافاقي دون المكي وما هو من موجبات الحج فالافاقي والمكي فيه سواء ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن اخر عهده الطواف وانه رخص للنساء الحيض وذلك يفيد دليل الوجوب
والا لم يكن بتخصيص الرخصة بالحيض فايدة والمكي والافاقي في واجبات الحج سواء الذي فيما اذا كانت العلة مشتركة
وههنا ليست كذلك لان علة هذا الطواف التوديع وليس بموجود في حق المكي ولا حق من هو فيما دون الميقات ولا في حق
من اتخذ مكة دارا ثم بدا له ان يخرج لا يلزمه لو كان واجبا للوداع لوجب على المعتمر الافاقي لان ركن العمرة هو الطواف
فكيف يصير مثل ركنه تبعا له **وقوله** لما قدمنا يعني في موضعين من قوله عليه السلام وليصل الطايف لكل
اسبوع ركعتين **وقوله** لانه ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا **وقوله** ويأتي زمزم اي بعد
تقبيل العتبة واتيانه الملتزم والصاق خده بجدار الكعبة يأتي زمزم فيشرب من مايه ويصب منه على جسده
ويقول اللهم اني اسالك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء **وقوله** فهذا بيان تمام الحج الذي اراد صلى الله
عليه وسلم بقوله من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه كذا في المبسوط

فصل لما ذكر افعال الحج على الترتيب واتمها الحق مسايل شتى من افعال الحج في فصل على حدة فان لم يدخل المحرم
مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا من احكام الوقوف بعرفة سقط طواف القدوم على ما ذكره في الكتاب
وهو واضح وكذلك قوله ومن ادرك الوقوف بعرفة ومالك رحمه الله كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر
او بعد طلوع الشمس مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد
تم حجه والنهار اسم للوقت من طلوع الشمس وهو محجوج بما روينا انه وقف بعد الزوال وكان مبينا وقت الوقوف
بفعله عليه السلام فدل على ان ابتدا الوقوف بعد الزوال **وقوله** ثم اذا وقف بعد الزوال ظاهر
وقال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل وذلك بان يكون افاضته بعد الغروب واستدل
بقوله صلى الله عليه وسلم من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وفيما روينا
وقوله عليه السلام ساعة من ليل او نهار دليل على ان يفضل الوقوف في جزء من وقته بصير مدركا فكان حجة عليه
وقوله ومن اجتاز بعرفات نايما او مغمى عليه ظاهر **وقوله** والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط
لكل جواب عما يقال الجهل يخل بالنية ولا نسلم ان الاخلال بها اخلال به وانما كان كذلك لو كانت شرطا لكل ركن

ولبس

وليس كذلك بل اذا كانت موجودة عند اصل هذه العبادة وهو الاحرام خففه اذن لا يلزم ان ينبغي
عنها عند وجود كل ركن اذ الركن ثمة صارف وانما قلت اذ الركن ثمة صارف احترازا عما اذا طاف
بالبيت هاربا او طالبا غريما ولم ينو الطواف عن الحج فانه لم يجزه وان كانت النية موجودة عند الاحرام
لانه قصد الهروب او اللحوق وذلك صارف له عن النية السابقة لانها لكونها باقية بالاستصحاب
ضعيفة ينصرف بصارف **وقوله** ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه اتفق علماؤنا رحمة الله عليهم ان
الاحرام يقبل النيابة حتى لو امر انسانا ان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام ففعل صح عندهم لانه شرط بمنزلة
الوضوء وستر العورة وليس بنسك فاستقام النيابة بعد وجود نية العبادة منه وهو خروجه لحج
البيت واختلفوا في عقد الرفقة استنابة كالاذن به وقالا ليس باستنابة وصورة ذلك ان يحرم عنه
الرفقاء بنيابة مع انهم احرموا عن انفسهم ايضا فيصير الرفيق محرما عن نفسه بطريق الاصالة او محرما
عنه ايضا بطريق النيابة كالاب يحرم عن ابنه الصغير معه فكان المحرم حكما في احرام النيابة هو المنوب الا انه
نيه كعبادة المنوب حتى لو اصاب النايب صيدا كان عليه الجزا من قبل الاهلال عن نفسه فاحرامه عن غيره
يلزم تداخل الاحرامين والثاني انهم شبهوا الاحرام بالوضوء في قبول النيابة وليس مثله لان الانسان
اذا توضا لا يكون غيره به متوضيا وان نوى المتوضي عنه وههنا يصير غيره محرما باحرامه والجواب عن
الاول ان التداخل انما يلزم ان لو كان المحرم هو النايب في الاحرامين من كل وجه وليس كذلك بل المحرم في
احرامه النيابة هو المغمى عليه لا النايب على ما ذكرنا وعن الثاني ان النسبة بالوضوء في ان كل واحد منهما شرط يحتمل
النيابة ولكن النيابة في الوضوء التوضية بان يجري الماء على اعضاء المنوب فيصح ان يصلي بذلك الوضوء وفي هذا الثاني
الاحرام بنفسه ثم فايدة ذلك انه اذا افاق واستيقظ واتى بافعال الحج جاز عنه كما لو امر به لهما لم يحرم
بنفسه ولا اذن لغيره وكل من كان كذلك ليس بمحرم لا محالة اما انه لم يحرم بنفسه فظاهر واما انه لم يأذن
لغيره فلان الاذن لم يكن صريحا ودلالة وهو لم يصرح بالاذن اذ هو المفروض وما ثمه دلالة
لانها تقف على العلم بجواز الاذن بالاحرام لانه اذ لم يعلم بجوازه لا يقدم عليه وجواز الاذن به لا يعرفه كثير
من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن ثابت دلالة
لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقد يعجز عن مباشرة
ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام فكان مستعينا منهم على تحصيله والاستعانة اذن بالاعانة
لا محالة فكان الاذن ثابتا دلالة **وقوله** والعلم ثابت جواب عن قولهما والدلالة تقف على العلم
وتقريره ان العلم الذي كان شرط الدلالة فهو ثابت نظرا الى الدليل وهو عقد الرفقة والحكم يدار على الدليل
فثبت الاذن دلالة والدلالة تعمل عمل الصريح اذ لم يخالفها صريح فان **قلت** هذا حكم الاحرام
فما حكم ساير المناسك **قلت** لا يصح ان ينوبهم عنه في دابة صحيحة الا ان الاولى ان يشهدوا به وان
يطوفوا به ليكون اقرب الى دابة لو كان مفيقا ومنهم من فرق فقال انما صحت النيابة في الاحرام لتحقق
العجز وهو ليس بمتحقق في الافعال لانهم اذا احضروه المواقف كان هو الواقف واذا طافوا به كان هو الطايف
فان **قلت** هل للتنبيه لاهلال بالرفقاء فايدة قلت اختلف فيه قال الشيخ ابو عبد الله الجرجاني كان يقول
الجصاص لا يجوز احرام غير الرفقاء ثم رجع وقال الرفقاء وغيرهم في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية بل هو
من باب الاعانة وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى والرفقاء وغيرهم في ذلك سواء **قال**
والمراة في جميع ذلك كالرجل المراة في جميع مناسك الحج كالرجل لان الخطاب بقوله تعالى ولله على الناس
حج البيت تناول الرجال والنساء فتفعل مثل ما يفعل الرجال الا اشياء ذكرها في الكتاب لا تكشف راسها
وتكشف وجهها ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق ولكن تقصر وتلبس

ما بداها من المخيط من القميص والدرع والخمار والخف والقفازين ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع الا ان تجد
وجه جميع ذلك مذكور في الكتاب **وقوله** ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد يعني
صيدا قتله في احرام ماض او شيا من الاشياء كبدنة المتعة او القران وتوجه معها يريد الحج فقد احرم
لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد بدنة فقد احرم وهذا بناء على ما ذكرنا ان الاحرام عندنا لا
ينعقد بمجرد النية بل لا بد من انضمام شي اخر اليها كتكبير الافتتاح في الصلاة وتقليد البدنة
والتوجه معها الى الحج يقوم مقام التلبية لان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة دعاء
ابرهيم صلوات الله لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة قيل قوله واظهار الاجابة معطوف على اسم
ان نرى منصوبا على محله ان نرى مرفوعا فهو دليل اخر على كون السوق في معنى التلبية واما اظهار هو
من تمام الاول وتقريره المقصود من التلبية اظهار الاجابة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل
كما يكون بالقول الا ترى ان من قال يا فلان فاجابه تارة تكون بلبيك وتارة بالحضور والامتثال
بين يديه فيصير به اي بالسوق محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام فجعل
الاجابة لبى او لم يلبي وانما قال بدنة لان الغنم لا تقلد وهذا لان التقليد ليلا يمنع من الماء والعلف
اذا علم انه هدي وهذا يغيب عن صاحبه كالابل والبقر والغنم ليس كذلك فانه اذا لم يكن معه
صاحبه يضيع **وقوله** فان قلدها وبعث بها ظاهر وكانت الصحابة رضي الله عنهم مختلفين
في هذه المسئلة على ثلاثة اقاويل منهم من قال اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال اذا ادركها وساقها صار محرما
فاخذنا بالمتيقن وقلنا اذا ادركها وساقها صار محرما لانه اتفاق الصحابة رضي الله عنهم في هذه الحالة **وقوله**
فاذا ادركها وساقها او ادركها وردد بين السوق وعدمه لان الرواية قد اختلفت فيه شرط في المبسوط السوق
مع اللحوق ولم يشترط السوق بعد اللحوق في الجامع الصغير والمصنف جمع بين الروايتين **وقوله** وقد اقترنت
بنيته بعمل هو من خصائص الاحرام اما سوق الهدي فظاهر واما اذا ادركه ولم يسق وساق غيره فلان فعل
الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل **وقوله** الا في بدنة المتعة استثناء من قوله لم يصر محرما حتى يلحقها
قال في النهاية ها هنا قيد لا بد من ذكره وهو انه في بدنة المتعة انما يصير محرما بالتقليد والتوجه اذا حصلا
في اشهر الحج فان حصلا في غير اشهر الحج لا يصير محرما ما لم يدركه الهدي ويسير معه هكذا في الرقيات لان تقليد
هدي المتعة في غير اشهر الحج لا يعتد به لانه فعل من افعال المتعة وافعال المتعة قبل اشهر الحج لا يعتد فيكون تطوعا
وفي هدي التطوع ما لم يدركه ويسير معه لا يصير محرما كذا في الجامع الصغير لقاضي خان **وقوله** وجه القياس
ما ذكرناه يريد به قوله لم يوجد منه الا مجرد النية الى اخره ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب **وقوله** ابتداء
احتراز عما وجب جزاء **وقوله** لانه يختص بمكة دليل كونه نسكا **وقوله** ويجب شكرا للجمع بين النسكين بيان اختصاصه
بمكة لان الجمع بين النسكين لا يكون الا بمكة فكان هدي المتعة مختصا بمكة لان الجمع وغيره قد يجب بالجناية بالاصطياد
صيد او نحوه قبل وصوله الى مكة وقوله فان جلل بدنة او اشعرها التجليل الباس الجل والاشعار البدنة اعلامها بشيء انها هدي
من الشعار وهو العلامة وكلامه واضح **وقوله** والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا يعني في موضع
البدنة ولئن ثبتت تلك الرواية التي رواها فلنا التشبيه من حيث الحكم بالعطف لا يدل على اتصال الجنسية وكذا التخصيص
باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال والله اعلم

باب القران

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في ذكر بيان المركب وهو القران والتمتع الا ان القران افضل من التمتع
قدم في الذكر اعلم ان المحرم على اربعة انواع مفرد بالحج وقد ذكرناه ومفرد بالعمرة وهو من ينوي العمرة بقلبه ويقول
لبيك بعمرة ثم ياتي بافعالها وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الاحرام فينويهما ويقول لبيك بحجة وعمرة وياتي بافعال
العمرة ثم بافعال الحج من غير تحلل بينهما ومتمتع وهو من ياتي بعمرة في اشهر الحج او باكثر طوافها ثم يحرم بالحج ويحج من عامه

ذلك

ذلك على وصف الصحة من غير ان يلم باهله الماما صحيحا والقران افضل هذه الاقسام عندنا وقال
الشافعي الافراد اي افراد كل واحد من الحج والعمرة باحرام على حدة افضل وقال مالك التمتع افضل من
القران لان له ذكرا في القرآن قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولا ذكر للقران فيه وللشافعي حديث
عائشة رضي الله عنها انما اجرك على قدر نصبك وانما القران رخصة والافراد عزيمة والاخذ بالعزيمة
اولى ولان في الافراد زيادة الاحرام والسفر والحلق فان القارن يودي النسكين بسفر واحد ويلبي
لهما تلبية واحدة ويحلق لهما مرة واحدة والمفرد يودي كل نسك بصفة الكمال والاخذ بصفة الكمال اولى ولنا
ما رواه الطحاوي في شرحه بالاثار انه صلى الله عليه وسلم قال يا ال محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان في القران
جمعا بين العبادتين فيكون ذلك افضل كما اذا جمع بين الصوم والاعتكاف وبين الحراسة في سبيل الله لحماية الغزاة
بالليل والصلاة فيه **وقوله** والتلبية غير محصورة جواب عن قوله ولان فيه زيادة التلبية وتقريره
ان المفرد كما يكرر التلبية مرة بعد اخرى فكذلك القارن فيجوز ان تقع تلبية القارن اكثر من تلبية المفرد **وقوله**
والسفر غير مقصود جواب عن قوله والسفر ووجهه ان المقصود هو الحج والسفر وسيلة اليه فلا يوجب
عدمه نقصا في الحج وذلك لانه يقدم في الاحرام فعدمه لا يوجب نقصا فيه **وقوله** والحلق خروج عن
العبادة يعني فلا يوثر فيها ليترجح به **وقوله** والمقصد بما روي يعني قوله عليه السلام القران رخصة
نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور اي من اسوأ السيئات وليس المراد بالرخصة ما هو المصطلح لان
القران عزيمة وانما المراد به التوسعة وذلك لان اشهر الحج قبل الاسلام كانت للحج فادخل الله تعالى العمرة في اشهر الحج
اسقاطا للسفر الجديد فكان اجتماعهما في وقت واحد توسعة على الناس فسماه رخصة ويجوز ان يراد بها المصطلح
ويكون رخصة اسقاط كشطر الصلاة في السفر والرخصة في مثله عزيمة عندنا **وقوله** وللقران ذكر
في القرآن جواب عن قول مالك لان المراد بقوله تعالى اتموا الحج والعمرة لله ان تحرم بهما من دويرة اهلك على ما روينا
من قبل يعني في فصل المواقيت **وقوله** ثم فيه اي في القران شروع في الترجيح بعد تمام الجواب فان قيل
المامور بالحج اذا قرن يصير مخالفا فلو كان القران افضل لما كان مخالفا لانه اتى بالمامور به مع زيادة اجيب بانه مامور بصرف
النفقة الى عبادة يتمحض له على الخلوص وهو افراد الحج له وقد صرفها الى عبادة تقع للامر وعبادة تقع لنفسه فكان
مخالفا ولقائل ان يقول هل دخل في المامور به نقص بالقران اولا فان كان الاول فليس القران افضل وان كان الثاني
فليس بان لا يكون مخالفا ويمكن ان يجاب عنه بانه دخل بعض الافضل القران الذي كان العبادتين فيه لتمحض واحد لا نقص فيه
الجمع بين النسكين حقيقة **وقوله** وقيل الاختلاف بيننا يعني ان النزاع لفظي **قال** وصفة القران ان يهل
بالعمرة والحج معا من الميقات كلامه واضح **وقوله** وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط
يعني يكون قارنا في هذه الصورة ايضا لوجود الجمع بين الحج والعمرة وصورته ان يحرم بعمرة ثم يطوف لها اقل من اربعة
اشواط ثم احرم بحجة ولو طاف لها اربعة لا يصير قارنا بالاجماع **وقوله** والمراد بذلك اي ذكر العمرة في الدعاء
والتلبية بان يقول اللهم اني اريد الحج والعمرة لبيك بحجة وعمرة ولا باس بذلك لان الواو للجمع ولكن بتقديم ذكرها
مما فيهما جميعا اولى لان الله تعالى بدأ بذكرها في قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج وكلمة الى للغاية ولانه يبدأ بافعال العمرة
فكذلك ان يبدأ بذكرها **وقوله** اعتبارا بالصلوات الخمس يعني ان الذكر باللسان لم يكن شرطا فيها وانما الشرط
ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي فكذلك هذا **وقوله** فاذا دخل يعني القارن بيان لكيفية العمل **وقوله**
والقران في معنى المتعة يعني ان النص ورد بتقديم افعال العمرة على افعال الحج في التمتع والقران في معناه لان
في كل منهما جمعا بين النسكين في سفر فيكون واردا فيه ايضا دلالة **وقوله** عندنا احتراز عن مذهب
الشافعي فانه يتحلل عنده بالذبح وقيل هذا مشهور عن الشافعي فانه يتحلل برمي جمرة العقبة **وقوله**
ثم هذا مذهبنا اي اتيان القارن بافعال العمرة وافعال الحج جميعا هو مذهبنا وقال الشافعي يطوف

طوافا واحدا وسعيا واحدا لقوله صلى الله عليه وسلم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة فيكتفي بافعال
الحج عن افعال العمرة والا لا يكون العمرة داخلة في الحج ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى بتلبية واحدة
وسفر واحد وحلق واحد وهذا بناء على ان الاحرام عنده من اركان الحج والاركان من عبادة بين لا يتصور
اداؤهما في وقت واحد في حالة واحدة وحيث جاء الشرع بالقران دل على التداخل فكما وجد التداخل في الاحرام
يجب ان يكون في الطواف والسعي ايضا لوجود دليله فما التحكم وعلى هذا التقدير يكون معنى قوله فكذلك في
الاركان اي في بقية الاركان **وقوله** انه لما طاف صبي بن معبد ظاهر **وقوله** ولانه لا تداخل في
العبادات منقوض بسجدة التلاوة فانها عبادة وفيها التداخل واجيب بان المراد العبادة المقصودة
والسجدة ليست كذلك وبان التداخل فيها لدفع الحرج على اختلاف القولين ولا يقاس عليها ولا يلحق بها الحج
لانه ليس في معناها في وجود الحرج **وقوله** والسفر للتوسل في بيان التلبية للتحريم والحلق للتحلل
وقع تكرار التحصيص(?) وفي الجواب عنه انه تقدم ذكره في اول الباب مرة لانه ذكر هناك باعتبار كون الافراد
افضل وههنا باعتبار افراد الطواف والسعي فيحتاج الى الجواب عنه باعتبارين ومثله من التكرار
ليس بمنكر **وقوله** ومعناه ما رواه يعني قوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج دخلت وقت العمرة لما ذكرنا
انهم كانوا يجعلون اشهر الحج قبل الاسلام للحج فادخل فيه وقت العمرة في وقت الحج اسقاطا للسفر الجديد
عن اهله توسعة **وقوله** فان طاف طوافين ظاهر **وقوله** والسعي يتاخر يعني ان تاخير
سعي العمرة بالاشتغال بعمل اخر كالاكل والنوم وان كان نوما لا يوجب الدم فكذلك الاشتغال بطواف
التحية **قال** واذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم
القران لانه في معنى المتعة لما تقدم والهدي منصوص عليه فيها بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما
استيسر من الهدي ولهذا عين الذبح ههنا وقال في المفرد ثم يذبح ان احب والهدي من الابل والبقر والغنم
على ما نذكره في بابه واراد بالبدنة ههنا البعير وكانه جواب عما يقال انتم تقولون البدنة تنطلق على البعير
والبقر فكيف قال ههنا بدنة او بقرة وتقريره نحن لا ننكر جواز اطلاق البدنة على كل واحد من معنييه
مفردا وههنا كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن المنصوص عليه هدي وهو اسم لما يهدى اي ينقل الى الحرم
وسبع البدنة ليس كذلك ولهذا ان قال ان فعلت كذا فعلي هدي فعل كان عليه ما استيسر من الهدي
وهو شاة فالجواب ان القياس ما ذكرتم ولكن ثبت جواز سبع البدنة او البقرة بحديث جابر رضي الله عنه
قال اشتركنا حين حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في البقرة سبعة وفي البدنة سبعة وفي الشاة واحد
واما في النذر اذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه وعلى تقدير التسليم فالفرق ان النذر ينصرف الى المتعارف كاليمين
وبعض الهدي ليس بهدي عرفا فاذا لم يجد ما يذبح صام ثلاثة ايام في الحج اي في وقته بعد الاحرام بالعمرة
والافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة كما ذكر في الكتاب وسبعة اذا
رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة وهذا النص
وان ورد في التمتع ولكن القران في معناه كما مر غير مرة والمراد بالرجوع الى الاهل الفراغ عن الحج من باب
ذكر السبب وهو الرجوع وارادة المسبب وهو الفراغ فكان الاداء بعد السبب فيجوز ولقائل ان يقول
ذكر المسبب وهو الرجوع وارادة السبب وهو لا يقع في المجاز كما عرف في الاصول والجواب انه اذا لم يكن
مختصا والفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز ان يقال لا مجاز الا بقرينة فما هي قلنا اطلاق ذكر الرجوع عن
ذكر الاهل **وقوله** ثلاثة ايام في الحج كانه قال وسبعة اذا رجعتم عما كنتم مقبلين عليه فيه
قيل في فائدة الفذلكة نفي الاباحة التي يتوهم من كلمة الواو في قوله وسبعة اذا رجعتم كما في قوله جالس
الحسن وابن سيرين وقيل معناه كاملة في وقوعها بدلا عن الهدي وكلامه واضح **وقوله** وقال

مالك يصوم فيها يعني في ايام التشريق دون يوم النحر لان الصوم فيه لا يجوز بالاتفاق **وقوله**
ولنا النهي المشهور يعني قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام وقد تقدم وفي التعبير
بلفظ المشهور اشارة الى الجواب عما يقال النص يدل على شرعية الصوم في هذه الايام بقوله في الحج
فلا يجوز نقضه بمثله فيقيده في غير ايام التشريق بالخبر لانه نسخ الكتاب وتقرير الجواب ان الخبر
مشهور فيجوز التقييد به **وقوله** او مدخله النقص يعني لو لم يتقيد به فلا اقل من ان يورث
نقصا وما وجب كاملا لا يتادى ناقصا فلا يتادى فيها ولا يودي بعدها اي بعد ايام التشريق لان
الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا لان القياس لا مدخل له في معرفة المماثلة بين اراقة الدم
والصوم والنص خصه بوقت الحج فلا يجوز بعده وفيه بحث من اوجه احدها ان البدل انما يجب
اذا كان الاصل متصورا وههنا ليس كذلك لانه ان على الهدي لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر كمسألة
الغموس والثاني ان البدل انما يصار اليه عند العجز عن البدل والعجز عنه انما يتحقق اذا مضى ايام النحر
ولم يقدر عليه فكيف يجوز البدل عنه قبله والثالث ان الدم واجب عليه عندنا اذا فات صوم
الثلاثة قبل النحر وهو غير معقول لانه فات بنفسه وببدله فكيف يجب بعد ذلك والجواب ان الصوم
بدل عن الهدي اذا لم يجد بعد ما احرم بالعمرة بالنص واصل من حيث انه موقت بوقت معين ولو كان
بدلا من كل وجه كان كالبدل في الاطلاق بعد ايام النحر لان حكم البدل حكم الاصل في الاطلاق كالتيمم
مع الوضوء فبالنظر الى الاصالة جاز مع عدم تصور الاصل وقبل تحقق تمام العجز عنه وبالنظر الى البدلية
يلزم الهدي اذا قدر عليه قبل التحلل في يوم النحر للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف
واما وجوب الدم بعد المضي ايام النحر اذا لم يصم الثلاثة فبناء على الاصل ايضا لان الدم هو الاصل
وليس مقيدا بايام النحر لقوله تعالى فما استيسر من الهدي غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه في يوم النحر
وفيما بعده وفيه بحث من وجهين احدهما ان ذبح هدي المتعة موقت بايام النحر وهو على ما تقتضي
هذا النص ولو لم يكن مقيدا لجاز قبل يوم النحر وليس كذلك والثاني ان الدم واجب اذا فات صوم
الثلاثة عن وقته فكيف عبر المصنف عنه بقوله وجاز الدم والجواب عن الاول ان هدي المتعة والقران
يختص ذبحه بيوم النحر بدليل يقتضيه على ما سياتي في بابه ان شاء الله تعالى فلا يجوز قبله والمراد بالاصل
المذكور في الكتاب وما هو المعهود ان الشيء اذا وجب في وقت معين لم يتقدر عليه المكلف به لم يسقط
عن ذمته ويجوز ان ياتي به بعد ذلك في اي وقت كان وههنا يجب ولم يتقدر عليه فياتي به في اي وقت
قدر وعن الثاني انه عبر عنه بالجواز نظرا الى الصوم فانه لا يجوز في يوم النحر وهذا جائز فيه وفي غيره
فعبر عنه بالجواز لهذا الذي سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب **وقوله** وعن عمر رضي الله
عنه اعتضاد لايجاب الدم بعد فوات الصوم وهو ظاهر **وقوله** وذلك يحتاج اليه للشروع يعني ان المشروع
الذي يكون لو نوقف مرتبا على افعال العمرة **وقوله** هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله
انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات قياسا على التوجه الى الجمعة ووجه الصحيح ما ذكره من الفرق بينهما
وهو ظاهر ووجه كونه منهيا عنه ان الله تعالى امر باداء افعال العمرة بقوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج والامر
بالشيء يقتضي كراهة ضده ولا كراهة الا بالنهي وقال الشافعي لا يكون رافضا للعمرة بناء على ان طواف العمرة
يدخل في طواف الحج فلا يلزم عليه طواف مقصود للعمرة والفائدة تظهر في وجوب الدم فعنده لا يسقط عنه
دم القران الذي هو نسك ويلزم عليه دم لرفض العمرة لان رفع الاحرام قبل اداء الافعال يوجب ذلك كما في
الاحصار وعندنا لا يجب الدم ونقصها نصيحة للمشروع فيها **باب التمتع** وجه التقديم بعد
القران قد سبق هناك فلا نعيده وكلامه واضح قال بعض الشارحين عرف المصنف التمتع [illegible]

التمتع الترفق الى الاخر واعترض عليه بانه غير مانع لدخول من ترفق باداء بهما والعمرة في غير اشهر الحج في سفر
واحد ومن ترفق به في اشهر الحج من عامين وهما ليسا بمتمتعين وكان الواجب ان يقول هو الترفق
باداء النسكين في اشهر الحج من عام واحد فهو شرطه وسنذكره والالمام هو النزول يقال الم باهله اذا نزل وهو
على نوعين صحيح وفاسد والاداء عبارة عن النزول في وطنه من غير بقاء صفة الاحرام وهذا انما يكون في المتمتع
الذي لم يسق الهدي والثاني ما يكون على خلافه وهو انما يكون فيمن ساقه فقوله الماما صحيحا احترازا عن
الالمام الفاسد فانه لا يمنع صحة التمتع عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما يأتي **قوله** ويحلق او يقصر
قال شيخ الاسلام في مبسوطه هنا هذا التخيير انما كان له اذا لم يكن شعره ملبدا او معقوصا او مضفرا
واما اذا كان ملبدا فانه لا يتخير لان التقصير لا يتهيأ الا بالنقض وذلك يتعذر فيتعين الحلق **قوله**
هذا هو تفسير العمرة اي لا طواف القدوم والصدر لان معظم الركن فيها هو الطواف وما هو كذلك
لا يكون ركنا كالوقوف في الحج **وقوله** ويقطع اي يقطع زيارة البيت بوقوع النظر على البيت لان الطواف ركن
في العمرة كطواف الزيارة في الحج فكما يقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك هاهنا
ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين
استلم الحجر **وقوله** ولان المقصود هو الطواف فيه ان هنا هذا الطواف نسك مقصود في هذا
اليوم فكان كالرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم فكما ان التلبية تنقطع عند افتتاح الرمي
تنقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع ان كلا منهما اول نسك مقصود في يوم فان قيل فعلى هذا
ينبغي ان يقطع المفرد بالحج التلبية اذا ابتدأ بطواف القدوم لانه اول نسك مقصود في هذا اليوم
فالجواب انا لا نسلم انه مقصود لان المراد به ما يكون واجبا وطواف القدوم ليس كذلك سلمناه ولكن
ثبت بالنص على خلاف القياس لما روي انه صلى الله عليه وسلم اردف الفضل من مزدلفة الى منى فلم يزل يلبي
حتى رمى جمرة العقبة **قال** ويقيم بمكة حلالا المتمتع اذا حل من عمرته يقيم بمكة حلالا فاذا كان يوم التروية
احرم بالحج من المسجد ولكن ليس كما ذكرنا شرطا فلو احرم قبل يوم التروية فهو افضل لان فيه اظهار المسارعة
والرغبة في العبادة ولانه اشق فكان افضل وكذا لو احرم من الحرم في غير المسجد جاز لما ذكر في الكتاب
وقوله على ما بينا اراد به ما ذكره في اخر فصل المواقيت بقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي
العمرة الحل **وقوله** وفعل ما يفعله الحاج المفرد يعني الا انه لا يطوف طواف التحية لانه لما احل
صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي ويرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج **وقوله**
ولو كان هذا المتمتع بعدما احرم بالحج طاف يعني طواف القدوم وسعى قبل ان يخرج الى منى لم يرمل في
طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه اتى بذلك مرة ولا تكرار فيه ثم الرمل هاهنا يسقط سواء رمل في طواف التحية
او لم يرمل ولهذا سكت عن ذكره فلم يقل طاف ورمل لان الرمل انما شرع في طواف بعده سعي ولا سعي
هاهنا لانه وجد مرة وفي هذا الكلام دلالة على ان طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه
فيه **وقوله** وعليه دم التمتع ظاهر **وقوله** خلافا للشافعي يعني انه يقول لا يجوز صوم ثلاثة
ايام حتى يحرم بالحج لقوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه وهو الاحرام
بالعمرة لانه طريق يتوصل به الى التمتع واداء المسبب بعد انعقاد السبب جائز **وقوله** على ما بينا اشارة الى
ان ما ذكر في القران ان نفس الحج لا يصلح ان يكون ظرفا **وقوله** وهذا افضل يعني من متمتع لم
يسق الهدي **وقوله** على ما روينا يريد به قوله قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله
عليه وسلم **وقوله** لان له ذكرا في الكتاب يريد قوله تعالى ولا الهدي ولا القلائد ويلبي ثم
يقلد لان التقليد والتوجه معه على ما سبق في فصل القران فالشروع في الاحرام

بالتلبية اولى لانه الاصل والتقليد يقوم مقامه والعمل بالاصل اولى عند الامكان
في الهدي افضل من القود لان النبي عليه السلام سيقت هداياه اذا احرم بذي الحليفة بين يديه
وقوله وقالوا والاشبه يعني الصواب في الرواية الايسر وذلك لان الهدايا كانت مقبلة
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرؤس وكان الرمح بيمينه لا محالة
فكان يقع طعنه عادة اولا على يسار البعير ثم كان يعطف عن يمينه ويشعر الاخر من قبل يمين البعير
اتفاقا الاول لا قصدا اليه فصار الايسر اصلي احق بالاعتبار في الهدي اذا كان واحدا **وقوله**
ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اي لا ينفر ولا يطرد عن الماء والكلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار
اتم لانه الزم لان القلادة قد تحل وقد يحتمل ان يسقط منها والاشعار لا يفارقه فما بدأ من هذا الوجه يكون سنة
الا انه عارضه جهة كونه مثلة والمثلة ان يقطع بالحيوان ما يصير به مثلة قيل هي ايلام ما وجب قتله او
ابيح قتله فقلنا بحسنه ولابي حنيفة انه اي الاشعار مثلة وانه اي فعل المثلة منهي عنه ولو وقع التعارض
بين كونه سنة وبين كونه مثلة فالترجيح للمحرم فان قيل النهي عن المثلة كان باحد والاشعار عام حجة
الوداع والمتاخر ناسخ فلا يرد التعارض اجيب بان عمران بن الحصين رضي الله عنه روى ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم ما قام خطيبا الا نهانا عن المثلة فكان الاشعار منسوخا فلا اقل من التعارض والترجيح للمحرم للاحتياط
او للاحتراز عن تكرار النسخ **وقوله** واشعار النبي صلى الله عليه وسلم جواب عما قال الشافعي انه مروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم وهو ظاهر **وقوله** صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من امري ما استدبرت
اي لو علمت اولا ما علمت اخرا لما سقت الهدي وقصة ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم امر اصحابه
بان يفسخوا احرام الحج ويحرموا بالعمرة لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الجاهلية وكانوا لا يستحلون ولا ان
يحلوا فقالوا ينتظرون رسول الله صلى الله عليه وسلم هل يحلق اولا فاعتذر النبي صلى الله عليه وسلم
لو استقبلت الى اخره وبين فيه ان سوق الهدي يمنعه عن التحلل لولا ذلك لتحلل **وقوله** ويحرم
بالحج ظاهر **وقوله** على ما بينا اشارة الى ما قال وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا يعني قوله تعالى
فمن تمتع بالعمرة الى الحج **وقوله** واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين يعني احرام العمرة واحرام الحج
فان **قيل** التحلل منهما ينبغي ان يكون كل منهما عند الحلق ولو كان احرام العمرة باقيا عنده لزم القارن
دمان اذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة وليس كذلك بل عليه دم واحد ولو كان
الاحرام باقيا لوجب فيه ثمان كما قبل الوقوف **اجيب** بان احرام العمرة باق في التحلل لا غير لان
التحلل لا يتصور بدونه واما بالنسبة الى ما عداه فليس بباق لان الله تعالى جعل غاية احرام العمرة
الحج والمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجودها الا لضرورة وهي بالنسبة الى التحليل لا غير فان
كان كذلك انتفى الجناية على احرام العمرة فلا يجب لاجله شيء كاحرام المفرد بالحج بعد الحلق فانه لا يبقى
في حق سائر المحظورات ويبقى في حق الجماع ضرورة طواف الزيارة **وقوله** وليس لاهل مكة
تمتع ولا قران اعلم ان اهل مكة ومن كان داخل الميقات لا تمتع لهم ولا قران عند ابي حنيفة رضي الله عنهم
ولو تمتعوا جاز واساءوا ولزمهم دم الجبر وقال الشافعي لهم التمتع والقران ويكره ولا دم عليهم حجة
واستدل على ذلك بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فانه باطلاقه لا يفصل بين افاقي وغيره
فان قيل ذلك لمن لم يكن اشارة الى التمتع المفهوم بالعمرة الى الحج فانه باطلاقه لا يفصل بين افاقي وغيره
فان قيل ذلك لمن لم يكن اشارة الى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي ان لا يكون لاهل حاضري المسجد
تمتع اجاب الشافعي بان ذلك اشارة الى الهدي المعلوم من قوله تعالى فما استيسر من الهدي ولاجل
هذا قلت انه لا دم عليهم ولنا قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولو جعلناه

كما في ذلك العرب البعيد والقران نزل على لسانهم وما ذكرتم من الهدي قريب لا يصلح حقيقة لمعنى التمتع
المفهوم من التمتع بعد صلح لذلك فيصار اليه لان العمل اذا امكن بالحقيقة لا يصار الى المجاز بالاتفاق فتكون الاية
حجة علينا ان تمسكنا بها الجواب عن استدلاله بالاطلاق قلت لا اطلاق ثمة بل كلمة من عامة نصت بقوله
ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام **قوله** ولان شرعهما ابيح مقبولة لنا وتقريره شرع المتعة و
والقران لاجل الترفه باسقاط احدى السفرتين وهو ظاهر والترفه بذلك في حق الافاقي لان غيره لا يشق
عليه هذا السفر لقربه حتى يترفه واعترض بوجهين احدهما ان النص ان كان يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكنه
تخصيص الشي بالذكر لا يدل على النفي عما عداه والثاني ان الله تعالى شرع القران والمتعة ابانة لنسخ ما كان
عليه اهل الجاهلية في تحريمهم العمرة في اشهر الحج والنسخ ثبت في حق الناس كافة ورجع الاشارة الى ما ذكرتم ينافي ذلك
واجيب عن الاول بان تخصيص الشي بالذكر وان كان لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له ايضا
والاصل فيه العدم فيبقى على ان يدل الدليل على خلافه وعن الثاني بان النسخ ثابت عندنا في حق المكي ايضا حتى لو
اعتمر في اشهر الحج جاز بلا كراهة ولكن لا يدرك فضيلة التمتع لان الالمام قطع متعته كما قطع متعة الافاقي اذا
رجع بين النسكين الى اهله وفيه نظر لانه يستدل به على بطلان المتعة لا على عدم ادراك الفضيلة والصواب
ان يقال لان متعته نقصت عن متعة الافاقي بتصوره دمه دم جبر **قوله** ومن كان
داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران هذا رجع الى تفسير اهل حاضري المسجد
الحرام فعندنا هم اهل مكة ومن كان داخل المواقيت سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر كذا في مبسوط
شيخ الاسلام **قوله** بخلاف المكي متصل بقوله وليس لاهل مكة تمتع ولا قران يعني ليس له ذلك ما دام
بمكة بخلاف ما اذا خرج الى الكوفة قبل اشهر الحج واما اذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه
من الميقات وانما خص القران بالذكر لانه اذا خرج المكي الى الكوفة واعتمر لا يكون متمتعا على ما ذكرنا واذا عاد
المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل متعته باتفاق اصحابنا لانه الم باهله فيما بين
النسكين الماما صحيحا وقد نفذه من نسبيه وبذلك بطل التمتع كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
وعن من التابعين رحمهم الله وهذا لان حد المتمتع ليس يصادق عليه حيث انشا لكل نسك سفرا من
اهله والمتمتع من يترفق باداء النسكين في سفرة واحدة وان ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا يعني الافاقي
اذا فعل ذلك لا يكون الالمام صحيحا بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا
لان العود هناك غير مستحق عليه لان المراد بالعود هو ما يكون من الوطن الى الحرم او الى مكة وليس هاهنا
بموجود لكونه في الحرم او في مكة فلا يتصور العود واذا ساق الهدي لا يكون متمتعا فلان لا يكون اذا لم
يسق كان اولى **قوله** ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج لا يكون متمتعا لو ادى الاعمال فيها وقال
مالك هو متمتع وان لم يزد فيها اذا كان التحلل عن احرام العمرة فيها وقلنا ان ادى اربعة اشواط فيها كان
متمتعا والا فلا وجه الشافعي انه لم يجمع بين النسكين في اشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو الاحرام
ووجه قول مالك ان الجمع بينهما موجود باعتبار الاتمام وهو التحلل فيها ولنا ما ذكر في الكتاب ان الاحرام
شرط فجاز تقديمه كتقديم الطهارة على وقت الصلوة والاعتبار باداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر و
للاكثر حكم الكل فاذا لم يعارضه نص فان ثلاث ركعات من الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق
برعاية الظهر **قوله** فكما لو طاف لعمرته قبل اشهر الحج **قوله** وهذا اشارة الى انه لم يكن متمتعا
واراد بالنسك المعهود ومعناه ان نسك العمرة ينعقد اذا جامع بعد ما طاف ثلاثة اشواط ولم يفسد
[illegible] بخلاف ما اذا طاف اربعة اشواط قبل اشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع
فيحصل [illegible] قبل اشهر الحج ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة

على مالك لانه يعتبر الاتمام وهذا في حكم الاتمام في حق عدم الفساد فكذا في حق كونه غير
متمتع ولان الترفق انما يكون باداء الافعال والمتمتع هو المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة
في اشهر الحج فلابد ان يوجد الافعال كلها او اكثرها فيه حتى يكون متمتعا والجواب عن الشافعي
يفهم من هذا لان الاحرام من افعال العمرة بل هو من الشروط **قال** واشهر الحج شوال
وذو القعدة وعشر من ذي الحجة لما ذكر ان المتمتع هو الذي يترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر
الحج احتاج الى بيان الاشهر فقال الاشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فان قلت هذا
هل المتمتع اختص بذلك او القارن ايضا لا بد له ان يجمع بين النسكين في اشهر الحج **قلت**
قال صاحب النهاية وجدت رواية في المحيط انه لا يشترط لصحة القران ذلك قال في المنتقى رجل بين
حجة وعمرة اي احرم ثم قدم مكة وطاف لعمرته في شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدي عليه **قوله**
وكذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم انما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة
وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لانه لما كان بينهم في عرفهم من اطلاق
العبادلة الا هؤلاء الثلاثة وانما في عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعبد الله
بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله بن مسعود منهم لانه كان يتقدم ولان الحج يفوت
بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وفي هذا اشارة الى نفي قول مالك رحمه
الله وقت الحج جميع الاشهر الثلاثة وهو مروي عن عروة بن الزبير استدلالا بقوله تعالى الحج اشهر
معلومات واقل الجمع المتفق عليه ثلاثة وفائدة ذلك انما تظهر في جواز تاخير طواف الزيارة الى
اخر ذي الحجة فان قلت الحج يفوت بمضي عشر ليال وتسعة ايام فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم
النحر من وقت الحج قلت هو متمسك ابي يوسف في غير ظاهر الرواية ولكنا نقول فوات الحج بطلوع
الفجر من يوم النحر لان الوقوف وهو الركن الاعظم موقت بوقت مخصوص يفوت بفواته لا لانه
خرج وقت الحج الا ترى ان طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله وهو ركن والركن لا يجوز
ان يكون في غير وقته ولقائل ان يقول ان اعتبرتم الفوات يلزم ان لا يكون يوم النحر من وقت الحج
وان اعتبرتم اداء الاركان يلزم من وجب ان يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لان طواف
الزيارة يجوز فيهما وحينئذ جاز ان يكون ذو الحجة الى اخره من وقته كما قال مالك والجواب ان يقال
المعول في ذلك ما نقل عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين ان اشهر الحج شوال وذو
القعدة وعشر من ذي الحجة وفيه نظر لان المنقول عنهم وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو لليالي
فلا يكون حجة في دخول يوم النحر في وقته والجواب ان ذكر احد العددين من الليالي والايام
بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر كما تقدم في الاعتكاف فان قيل سلمنا ذلك لكن
ما وجه دخول شوال وذو القعدة في وقته واداء الحج لا يصح فيهما اجيب بان بعض افعاله يصح فيهما
الا ترى ان الافاقي اذا قدم مكة في شوال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فان هذا السعي يكون
السعي الواجب في الحج فانه لا يجب الا مرة واحدة ولو فعل ذلك في رمضان لم يجزه عن السعي الواجب
في الحج **قوله** وهذا ما روي عن العبادلة وما ذكرنا من المعقول يدل على ان المراد من قوله
تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك ومن
الشارحين من قال لفظ اشهر عام فيجوز ان يراد به بعضه وليس بشي لان ما يتناهى اليه الخصوص اذا كان
العام الثلاثة ولان الخصوص انما يكون باخراج بعض افراد العام لا باخراج بعض كل فرد ومنهم
من قال اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد بدليل قوله فقد صغت قلوبكما فان المراد بالجمع

صح

صح

صح

للحنفية ويرد بان ذلك عند عدم الالتباس تحرجا في هذا المثال وما نحن فيه ملتبس والاول هو من
باب ذكر الحل وارادة الحال فان قلت فيكون مجازا فلابد له من قرينة قلت سياق الكلام لانه قال
الحج اشهر والحج نفسه ليس باشهر فكان تقديره والله اعلم الحج في اشهر والظرف لا يستلزم الاستغراق
فكان للبعض مرادا وعليه ما روي عن العبادلة وغيرهم **وقوله** فان قدم الاحرام عليها اي على
اشهر الحج جاز احرامه عندنا وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن
عنده فلا يتحقق قبل وقته فان قيل المذكور في الكتاب يدل على انه لا ينعقد عن الحج والمدعي وقوعه احراما
للعمرة فالجواب ان الاحرام اذا وجد ولم يصلح ان يكون للحج ينصرف الى ما يصلح له حذرا عن الالغا
كمن نوى صوم القضاء من النهار فانه يكون تطوعا في النفل وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز
التقديم على الوقت فان قيل لو كان شرطا لما كره قبل اشهر الحج لكنه مكروه اجيب بان الكراهة
ليست للتقديم على الوقت بل لما يقع في المحظور بطول الزمان **وقوله** ولان الاحرام تحريم
اي يلتزم به تحريم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الراس ونحو ذلك وايجاب اشياء كالرمي والسعي
وامثالهما وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان يعني الميقات لا يقال هذا كله تعليل
في مقابلة النص وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال المهل بالحج في غير اشهر الحج مهل بالعمرة وفي ذلك
دلالة على انه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه لانا نقول هذا الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله **قال**
واذا قدم الكوفي بعمرة هذه المسئلة على اربعة اوجه الاول هو ما ذكر في الكتاب بقوله ثم
اتخذ مكة دارا اتفاقا اقام بها بعد ما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع
والثاني ما ذكره ثانيا بقوله او البصرة دارا وحج من عامه ذلك وقال هو متمتع وهو ينصرف الى
الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا والثالث هو ان يخرج من مكة
ولا يتجاوز الميقات حتى يحج من عامه ذلك وفيه ايضا متمتع ولم يذكره لان حكمه يعلم من
الوجه الاول والرابع هو ان يخرج من مكة ويتجاوز الميقات وعاد الى اهله ثم حج من عامه ذلك وفي هذا
الوجه ليس بمتمتع لانه الم باهله الماما صحيحا ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكره لكونه معلوما مما
تقدم من قوله الاول كالوجه الاول وانما صار فيه متمتعا لانه ترفق بنسكين في سفر
واحد في اشهر الحج غير انه لم يلم باهله الماما صحيحا ومثله متمتع واما الثاني فقيل بالاتفاق ذكر
الجصاص لانه لا يكون متمتعا على قولهما كما ذكره في المبسوط وقول المصنف رحمه الله ملبس لانه
قال فقيل هو بالاتفاق وهو يحتمل ان يكون في كونه متمتعا وفي كونه لا يكون متمتعا والثاني هو
المراد على ما ذكره الجصاص وروى الحاكم الشهيد عن ابي عصمة سعد بن معاذ رحمهما الله ان ما
ذكر في الكتاب يعني الجامع الصغير قول ابي حنيفة وعلى قولهما لا يكون متمتعا وهكذا ذكر الطحاوي
لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهذا ليس كذلك لان نسكاه ميقاتيان لانه
بعد ما جاوز الميقات حلالا او عاد يلزمه الاحرام من الميقات فكان كالملم باهله ولابي حنيفة
ان السفرة الاولى باقية ما لم يعد الى اهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج
والحاصل ان الاصل عنده ما لم يصل الى اهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات وعندهما ان من
خرج من الميقات بمنزلة من وصل الى اهله وانما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لان
فائدة الخلاف تظهر في حق وجوب الدم فقال وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر
ولهذا حل له التناول منه فيصار الى الجناية باعتبار هذه الشبهة احتياطا **وقوله** فان
قدم بعمرة اي باحرام عمرة فافسدها بان جامع امراته قبل اعمال العمرة يعني فرغ منها يعني

مضي

مضى وقصر وتحلل ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج اي قضى العمرة التي افسدها وحج من عامه
ذلك لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة يعني اذا كان خروجه الى البصرة في اشهر الحج واما اذا خرج قبل اشهر
الحج واعتمر وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا بلا خلاف كذا في النهاية نقلا عن مبسوط شيخ
الاسلام والفوائد الظهيرية وقال ابو يوسف ومحمد هو متمتع والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب
وقوله واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها من المتعة لانها اتت بغير الواجب عليها
اذ الواجب عليها دم المتعة والاضحية ليست بواجبة ولئن كانت واجبة بان اشترت شاة
للاضحية فذلك واجب اخر عليها غير ما وجب بالتمتع وكذا الجواب بالرجل وانما خصت المراة
لان السائل كانت امراة فوضعت المسئلة على ما وقع واما لان الغالب من حالهن الجهل
وبنية التضحية في هدي المتعة لا يكون الا عن جهل لهم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها
دمان سوى ما ذبحت دم المتعة الذي كان واجبا عليها ودم اخر لانها قد حلت قبل الذبح
واذا حاضت المراة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت برفه وهو ما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهي تبكي فقال لها ما يبكيك لعلك نفست قالت نعم فقال هذا شيء كتبه
الله على بنات ادم دعي عنك العمرة او قال ارفضي عنك عمرتك وانقضي راسك وامتشطي
واصنعي جميع ما يصنع الحاج وليس فيه غير انك لا تطوفي بالبيت والاستدلال انما هو بقوله
واصنعي جميع ما يصنع الحاج وليس فيه ما يدل على الاغتسال لكن فيما روى ابو داود في السنن
باسناده الى عائشة رضي الله عنها قالت نفست اسماء بنت عميس بمحمد بن ابي بكر رضي الله عنهم
فامر النبي صلى الله عليه وسلم ابا بكر ان تغتسل وتهل دليل على ذلك ولان الطواف في المسجد وهي
ممنوعة عن دخوله والوقوف في المفازة وليست بممنوعة عنها فان قيل فاي فائدة في هذا الاغتسال
لانه لا تطهر به مع قيام الحيض اجاب بقوله وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا
للنظافة **وقوله** ولا شيء لطواف الصدر اي لترك طواف الصدر لانه صلى الله عليه وسلم
رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر وروت عائشة رضي الله عنها ان صفية بنت حيي حاضت
فقال صلى الله عليه وسلم عقرى حلقى انك لحابستنا اما كنت طفت يوم النحر قالت بلى قال فلا
باس انفري فلما ثبتت الرخصة للحائض والنفساء في ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شيء لان الاصل
ان كل نسك جاز تركه لعذر لا يجب بتركه كفارة وعقرى وحلقى فعلى عند المحدثين ومعناه عقر
جسدها واصابها وجع في حلقها **وقوله** ومن اتخذ مكة دارا ظاهر **وقوله** بعد ما حل
النفر الاول يعني يوم الثالث من ايام النحر لانه وجب بدخوله وقته فلا يسقط بنيته الا
بعد ذلك كمن اصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر لا يحل له ان يفطر فاما اذا اتخذ مكة دارا قبل
ان يحل النفر الاول فلا يجب طواف الصدر لانه صار كمقيم سافر قبل ان يصبح فانه يباح له الا
وعلى قول ابي يوسف يسقط عنه الصدر الا ان يكون عزم على الاقامة بعد ما افتتح الطوا
لان وقت الطواف باق بعد ما حل النفر الاول وما بقي الوقت لا يصير دينا في ذمته
فيسقط بالعارض المعتبر كالمراة حاضت في وقت الصلوة لا يلزمها قضاء تلك الصلوة

باب الجنايات

لما فرغ من بيان احكام المحرمين بدا بما يعتريهم
من العوارض من الجنايات والاحصار والفوات وهي جمع جناية والجناية اسم لفعل محرم شرعا
سواء حل بمال او نفس لكنهم اعني الفقهاء اي خصوها بالفعل في النفوس والاطراف واما الفعل
في المال فسموه غصبا والمراد ههنا فعل ليس للمحرم ان يفعله وانما جمع لبيان انها ها هنا انوا

ع

وقوله واذا تطيب المحرم التطيب عبارة عن تصوق عين له رايحة طيب ببدن المحرم او به ضوء منه فلو شم طيبا ولم يلتصق ببدنه من عينه شي لم يجب عليه شي ذكره ولا ان تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم الحاج الشعث التفل والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت بتفاوت محل الجناية ففصل ذلك بقوله فان تطيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وقوله فما زاد فصل في البين وقوله وذلك مثل الراس ظاهر والفاصل في الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة فان العاده في استعمال الطيب لقضا التفث عضوا كاملا فيتم به الجناية وفيما دونه في جنايته نقصان فتكفيه الصدقة وقوله ونحن نذكر الفرق بينهما هو قوله ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل الى اخره وقوله الا في موضعين يعني اذا طاف طواف الزيارة جنبا واذا جامع بعد الوقوف بعرفة وقوله الا ما يجب بقتل القمله والجراده يعني ان التصدق فيهما غير مقدر بنصف صاع بل يتصدق بما شا وقوله عليه السلام الحناطيب قاله حين نهى المعتدة ان تختضب بالحنا والحنا ملبدا بالنكار الخانا مدا غير مائع فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية يعني اذا غطاه يوما الى الليل وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وقوله باعتبار انه يغلف راسه اي يغطيه والوسمه بكسر السين وهو افصح وسكونها شجرة وراقها خضاب وقوله وهذا اي تاويل ابي يوسف بالتغليف صحيح لان تغطية الراس يوجب الجزا وقوله ثم ذكر في الاصل يعني في مسئلة الحنا راسه ولحيته واقتصر في الجامع الصغير على ذكر الراس خاصة وفي ذلك دلالة على ان كل واحد منهما مضمون وقوله واذا ادهن بزيت يعني بزيت خالص لما المطيب بغيره فيجي ذكره فعليه دم اذا بلغ عضوا كاملا وكلامه ظاهر وقوله انه اصل الطيب فان الرواح يلقى فيه فيصير غالبه فصار كبيض الصيد في الاصاله يلزم بلبسه والجزا فكذا باستعماله وهذا الخلاف في الزيت البحت اي الخالص والخل اي دهن السمسم المطيب منه كالبنفسج وهو معروف والزنبق على وزن العنبر دهن الياسمين وما اشبههما كدهن البان والورد فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه وهو ظاهر وقوله بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه كالعنبر والكافور لانها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وان كان على وجه التداوي وقوله وان لبس ثوبا مخيطا احكم اللبس ايضا كذلك وقوله ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس لانه اعد لذلك قال الله تعالى سرابيل تقيكم الحر وهذا المعنى قد يتعذر فيكون الارتفاق كاملا وقد ينقص فيكون ناقصا فلا بد من حد فاصل بين الكامل والقاصر ليتعين الجزا فجعل ذلك مقدرا باليوم او الليلة لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة فان من لبس ثوبا يليق بالنهار ينزعه في الليل ومن لبس ثوبا بالليل ينزعه بالنهار فاذا انزع دل على تمام الارتفاق فيجب فيه الدم وما دون ذلك تتقاصر الجناية فيه لنقصان الارتفاق فيجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام الكل لان المرء قد يرجع الى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس فكان الكامل اللبس في اكثر اليوم ارتفاقا مقصودا لكن هذا غير مضبوط فان احوال رجوع الناس الى بيوتهم قبل الليل تختلفه بعضهم يرجع قبل الضحى وبعضهم في وقته وبعضهم وحده فكان الظاهر هو الاول وقوله والارتدى بالقميص والتشح به الاتشاح هو ان يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر وقوله خلافا لزفر فهو يقول القبا محيط فاذا ادخل فيه منكبيه صار لابسا للمخيط فان القبا يلبس هكذا عادة وقلنا ما لبس لبس القبا لان العادة في ذلك

الضم الى نفسه بادخال المنكبين واليدين لانه ماخوذ من القبو وهو الضم ولم يوجد ولهذا يتكلف في حفظه وعلى هذا لو زره ولم يدخل يديه في الكمين كان لابسا لانه يتكلف اذ ذاك في حفظه وانما اعاد قوله والتقدير في تغطية الراس ليبنى عليه الفروع وقوله ما يشاه هو ما قال او غطى راسه يوما كاملا وقوله ولا خلاف انه اذا غطى راسه ظاهر وقوله يعتاد بعض الناس كالاتراك والاكراد فانهم يغطون روسهم بالقلانس الصغار ويعدون ذلك رفقا كاملا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الراس اعتبارا بالحقيقه اي بالحقيقة الكثرة اذ حقيقتها انما تثبت اذا قابلها اقل منها والربع والثلث كثير حكما لا حقيقه وقوله واذا حلق ربع راسه ظاهر وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل عملا بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا روسكم فان الراس اسم للكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل وهو ثلاث شعرات وعلق الحكم باسم الجنس يتادى بادنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه معتاد فان الاتراك يحلقون اوساط روسهم وبعضهم وسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغا الراحه والزينة والارتفاق الكامل يتكامل به الجناية كما تقدم ويتقاصر فيما دونه وفي قوله فيتكامل به الجناية اشارة الى دفع قول مالك فانه قال بحلق الراس تتكامل الجناية فاشار الى ان الجناية تتكامل بالبعض ايضا في قوله ويتقاصر فيما دونه اشارة الى نفي قول الشافعي انه يجب الجزا بالقليل فاشار الى ان الجناية في القليل قاصرة فكيف توجب الدم واما حلق اللحية فهو متعارف فان الاكاسرة كانوا يحلقون لحى شجعانهم وكذلك الاخذ من اللحية مقدار الربع وما يشبهه معتاد بالعراق وارض العرب فكان مقصودا بالارتفاق كحلق الراس والحلق فيه احتياطا لايجاب الكفارة في المناسك فانها مبنية على الاحتياط حتى يجب بالاعلا بخلاف تطيب ربع العضو لانه غير مقصود اذ العاده في الطيب ليست في الاقتصار على الربع فكان العضو الكامل في الطيب كالربع في الحلق في حق الكفارة وان حلق فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحه ن فاشبه العانه قيل اذا كان كل واحد من الابطين مقصودا بالحلق وجب ان يجب بحلقهما دمان واجيب بان جناية المحرم اذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد الا ترى انه اذا ازال الشعر جميع بدنه بالنورة لم يلزمه الا دم واحد ذكر في الابطين الحلق هاهنا يعني في الجامع الصغير وفي الاصل اي المبسوط النتف وهو السنة بخلاف العانة فان السنة فيها الحلق لما في الحديث عشر من الفطرة منها الاستحداد وتفسيره حلق العانه بالحديد وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا فعليه دم قيل قولهما بيان لقول ابي حنيفة لا انه خالفهما في ذلك وانما خصا بالذكر لان الرواية محفوظة عنهما وقوله واراد به اي بقوله عضوا الصدر والساق وما اشبه ذلك مثل الفخذ والعضد فان قيل الجناية بالحلق انما تتكامل اذا كان العضو مقصودا بالحلق وما ذكرتم ليس كذلك قلت هذا الذي ذكرت هو ما ذكر في المبسوط قال بعد ما ذكر حلق الراس ثم ذكر الاصل بعد هذا انه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل اوان التحلل فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه صدقه ثم قال ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ولكن المصنف ذكر ما هو الموافق لرواية الجامع الصغير لفخر الاسلام نظرا الى انه مقصود بالتنور اي ازالته بالنورة ولا فرق عند الايمة الاربعة في ازالة الشعر بين الحلق والنتف والتنور فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة وقوله كان اخذ من شاربه ظاهر وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق فان من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية فكان الواجب بكامل الجناية بحلقه واجيب بانه مع اللحية في الحقيقه عضو واحد لاتصال البعض بالبعض ولا يجعل في حكم اعضا متفرقة كالراس فان من الحلوية من عادته حلق مقدم الراس وذلك لا يدل على ان كله ليس بعضو واحد وقوله يدل على انه هو السنة دون الحلق هو المذهب عند بعض المتاخرين من مشايخنا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عشر من فطرتي وفطرة ابراهيم خليل الرحمن وذكر من جملتها قص الشارب وقوله حتى يوازي الاطار قال في المغرب اطار الشفه ما

ما ينبغي حلقه نقاو لحمها مستعار من اطار المنخار والدف **قال** وان حلق موضع المحاجم فعليه دم المراد
بالمحاجم هاهنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر الموضع فلا يصح ان يكون جمع محجم بفتح الميم اسم موضع
من الحجامة ودليلهما ظاهر واما دليل ابي حنيفة ففيه اشتباه لانه جعل حلقه مقصودا او وسيلة وهما
متنافيان واجيب بانه لم يقل ان حلقه مقصود لذاته بل قال مقصود وما لا يتم المقصود لذاته الا به فهو
مقصود وان كان لغيره ولا تنافي بينهما بقي الكلام في ان المراد بالمقصود اعم من ان يكون لذاته او لغيره **وقوله**
عن عضو كامل يعني ان هذا الموضع في حق الحجامة عضو كامل **وقوله** وان حلق يعني المحرم راس محرم
بامره او بغير امره الحالق والمحلوق راسه اما ان يكونا حلالين او محرمين او الحالق حلالا والمحلوق محرما او
بالعكس من ذلك فالاول لا كلام فيه والثاني لا خلاف فيه انه تصدق الحالق بامر المحلوق او بغيره خلافا للشافعي
فيهما فانه يقول لا شيء على الحالق مطلقا لان الموجب هو الارتفاق وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره ولا على المحلوق
اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من المؤاخذة بحكم الفعل والنوم ابلغ منه
لان القصد يفسد بالاكراه وينعدم بالنوم وقلنا في الحالق ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات
الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم وتناول محظورات الاحرام يوجب الجزاء سواء كان في بدنه
او في غير بدنه كما في سائر المحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان الجناية في شعره متكاملة فيلزمه
فيه الدم وفي غيره الصدقة وفي المحلوق راسه تقرر السبب الموجب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم
والنوم والاكراه لا يصلحان ما نعين لان المأثم ينتفي بهما دون الحكم قيل ذكر المصنف هاهنا ان حلق الشعر يحصل
الزينة فيجب الكفارة وذكر في الديات من هذا الكتاب ان في شعر الراس الدية لانه يفوت به الجمال وذلك تناقض لان الجمال
هو الزينة واجيب بانه جمال من حيث الخلقة ولهذا يتكلف عادمه في ستره ويحصل بحلقه زينة ازالة الشعث والتفل
واذا اختلف الجهة زال التناقض **وقوله** بخلاف المضطر متصل بقوله حتما اي بخلاف المحرم المضطر الى حلق راسه فانه اذا
حلقه يتخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين وان شاء صام ثلاثة ايام لان الافة هناك سماوية وفي صورة
النزاع من العباد ثم المحلوق راسه لا يرجع على الحالق بما وجب عليه من الدم وقال بعض العلماء يرجع لانه هو الذي اوقعه
في هذه العهدة فكانه اخذ هذا الغرم من ماله وقلنا الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور اذا ضمن العقر
لا يرجع على الغار اذا لانه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع **وقوله** وكذا اذا كان الحالق حلالا هو الوجه الثالث
من الاقسام العقلية وليس فيه على الحالق شيء بالاتفاق وفي المحلوق الخلاف المذكور **وقوله** في مسئلتنا اراد به ما اذا كان
الحالق محرما **وقوله** في الوجهين اراد به ما كان بامره او بغير امره **وقوله** فان اخذ يعني المحرم يعني من شارب
حلال او قص اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا يعني قوله ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام
وقوله ولا يعرى عن نوع ارتفاق اشارة الى الجواب عما قال الشافعي رحمه الله حلق راس غيره والاخذ من شاربه بمنزلة ان
يلبس غيره مخيطا في عدم ارتفاقه فكما لا يجب في الالباس عليه شيء فكذا هاهنا وذلك لان في الحلق واخذ الشارب ارتفاقا به
له لان الانسان يتاذى بتفث غيره وليس في الباس المخيط ذلك لان التاذي بتفث غيره اقل من التاذي بتفث نفسه فيلزمه
الطعام **وقوله** وان قص المحرم اظافير يديه ورجليه ظاهر **وقوله** لان الجناية من نوع واحد يعني بتسميته
ومعنى اما التسمية فلان الكل يسمى قصا واما معنى فلان الارتفاق من حيث القص وهو شيء واحد **وقوله** لان مبناها على
التداخل يعني المحرم اذا قتل صيد الحرم يلزمه قيمة واحدة وان كانت الجناية في حق الحرم والاحرام جميعا فكان مبناها على ذلك
فاشبه كفارة الفطر وهما يقولان كفارة الاحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل انها تجب على المعذور كالمكره والنائم والمخطي
والناسي والمضطر وبالنظر الى ذلك لا يتداخل فقلنا بتقييد التداخل باتحاد المجلس لانه اذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد
والحال مختلفة فرجحنا اتحاد المقصود لوجود الجامع وهو المجلس واما اذا اختلفت المجالس فيترجح جانب اختلاف الحال ويلزم
لكل واحد عملا بالوجهين فان قيل الجنايات اذا كانت من جنس واحد لا تتعدد والكفارة كما اذا حلق راسه في مجالس مختلفة

فان عليه

فان عليه كفارة واحدة فالجواب ان هاهنا اتحاد المقصود واتحاد المحل وكذا اختلافهما فمتى اتحد الجميع لزم كفارة واحدة
بلا خلاف بينهم ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارة متعدده ومتى اتحد المقصود واختلف الحال فان اتحد المجلس يقوى
جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة ومتى اختلف المجلس يقوى جانب الاختلاف وتعدد الكفارة فاذا عرف هذا ظهر
لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الوحدة عند اتحاده ولا يلزم حلق الراس عليه لان المحل متحد
والمقصود كذلك بخلاف محل النزاع لان الحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الابطين فان المقصود متحد والحال
مختلفة ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحدا او مختلفا لان ذلك لا رواية فيه ولئن كانت فيمة
ما يوجب اتحاد الحال وهو التنوير فانه لو نور جميع البدن لم يلزمه الا كفارة واحدة وقد تتعدد من الحلق مثل التنوير
وليس في صورة النزاع ما يجعلهما كذلك **وقوله** وان قص يدا او رجلا ظاهر **وقوله** وجه المذكور في
الكتاب اي القدوري ان اظافير كف واحد اقل ما يجب فيه الدم بقلمه وكل ما هو كذلك لا يقام اكثره مقامه
اما انها اقل ما يجب الدم بقلمه فلانه انما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل ففي ذلك شبهة وليس بعد الشبهة الا
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال وقد اشار الى هذا التعليل بقوله وقد اقمناها مقام الكل ففيها شبهة الكلية
الى اخر ما ذكرنا واما ان كل ما هو كذلك لا يقام اكثره مقامه فلما قال لانه يؤدي الى ما لا يتناهى لانه اذا اقيم الثلاثة مقام
خمسة يقام الاثنين مقام الثلاثة ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا
دفعا للتحكم والمراد بقوله ما لا يتناهى الى ما يتعسر اعتباره لان الجسم عندنا اهل السنة والجماعة يتناهى الى الجزء الذي
لا يتجزى فلا بد له من ناطح عن ذلك ما قلنا وان قص خمسة اظافير متفرقة بالجرصفة للمعدود كما في قوله تعالى سبع
بقرات سمان من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله عليه دم اعتبارا بما قصها من كف واحد بجامع انه قص خمسة اظافير ولا تفرقة في
ذلك بين ان يكون من يد واحدة او من يد ورجل وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما
ان الدم انما يجب عند كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وهذا ليس كذلك لانه يتالم على هذا الوجه
ويتاذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد فان من يأخذ شيئا من مقدم راسه وشيئا من مؤخره
فاذا اجمع الجميع فصار يصير مقدار الربع واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة ومقدارها
لكل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه
شيئا حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو اربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ
ذلك دما فينقص منه شيئا قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم مولى رسول الله صلى الله
عليه وسلم والقمل يتهافت على وجهي وانا اوقد تحت قدر لي فقال ايؤذيك هوام راسك
فقلت نعم فانزل الله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك فقلت ما الصيام يا رسول
الله فقال ثلاثة ايام مما ذكره في الكتاب ولولا تفسيره صلى الله عليه وسلم لقلنا بستة ايام
لانه لما تقدر الطعام بستة مساكين كان القياس ان يكون الصوم ستة ايام والحكم في
كل ما اضطر اليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذلك يجب عليه احد الاشياء الثلاثة
وقوله وذلك الصدقة عندنا يعني خلافا للشافعي فانه يقول لا يجزيه الطعام الا في الحرم
لان المقصود به الرفق بفقراء الحرم ووصول المنفعة المنفعة اليهم **وقوله** لما بينا اشارة
الى قوله لانه عبادة في كل مكان **وقوله** واما النسك فقد يقال نسكت لله نسكا ومنسكا
اذا ذبح لوجهه ثم قالوا لكل عبادة نسك ومنه قوله ان صلاتي ونسكي والمراد به هاهنا الهدي
الذي يذبحه في الحرم بطريق الجزاء عما باشره من محظورات الاحرام كالطيب والحلق في حالة العذر
وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان كالاضحية وهدي المتعة

والقران في ايام النحر او في مكان كما في دما الكفارات قال الله تعالى في جزا الصيد هديا بالغ الكعبة
وذلك واجب بطريق الكفارة وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان وهو الحرم
وليس المعنى بالاختصاص اراقة الدم لا غير لانه يلوث الحرم انما المقصود هو التصدق باللحم بعد الذبح
فعليه ان يتصدق بلحمه على فقرا الحرم وغيرهم عندنا **قوله** ولو اختار الطعام اجزاه ظاهر
ابو يوسف نظرا الى كفارة اليمين في القران فانه ذكر بلفظ الاطعام وهو يفيد الاباحة والى تفسير النبي
صلى الله عليه وسلم للاية فانه قال اطعم ستة مساكين ومحمد نظر الى قوله او صدقة فانها تنبئ عن
التمليك بخلاف كفارة اليمين فان المذكور فيها الاطعام لا الصدقة **فصل** في جناية
الطيب وغيرها لجناية الجماع ودواعيه لان الطيب واللبس كالوسيلة للجماع والوسايل تتقدم ولهذا
قدم في هذا الفصل ذكر دواعي الجماع عليه فان نظر المحرم الى فرج امراته اي الى داخل فرجها وهو موضع
البكارة وانما يتحقق ذلك عند كونها متكية بشهوة فامنى اي انزل المني لا شي عليه من الكفارة لان المحرم
هو الجماع وهو قضا الشهوة على سبيل الاجتماع صورة وهو الايلاج ومعنى وهو الانزال ولم يوجد ذلك
فصار كما لو تفكر فامنى فانه لا يجب عليه شي لما قلنا فان قبل ولمس بشهوة فعليه دم سوا انزل او لم ينزل
على رواية الاصل وفي الجامع الصغير شرط الانزال حيث قال اذا مس بشهوة فامنى ولهذا ذكر رواية الجامع
الصغير شرط الانزال حيث قال اذا مس بشهوة فامنى ولهذا ذكر رواية الجامع الصغير وكذا الجواب في الجماع
فيما دون الفرج من الادخال بين الفخذين والسرة فان الفرج يراد به القبل والدبر فما دونه يكون فيما
ذكرنا وروي عن الشافعي انه اذا انزل فسد احرامه في جميع ذلك يعني التقبيل بشهوة والمس بشهوة والجماع
فيما دون الفرج واعتبر ذلك بالصوم فانه فانه يفسد بهذه الاشيا اذا انزل لانه موافقة معنى ولنا
ان الاحرام لا يفسد الانزال ليس بشرط لوجوب الكفارة هذه الصورة فساد الحج يتعلق بالجماع لانه لا يفسد
بغيره من المحظورات بالاجماع وهذا ليس بجماع فلا يتعلق فساد الحج الا انه فيه الاستمتاع والارتفاق
بالمراة وذلك محظور الاحرام لما تقدم ان دواعي الجماع ملحقة به فيلزمه الدم **وقوله** بخلاف الصوم
جواب عن اعتباره بالصوم لان المحرم فيه قضا الشهوة حيث كان ركنه الكف عنها وقضاوها بغير الانزال فيما
دون الفرج لا يتحقق وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج باداء
افعاله كما يمضي من لم يفسده والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع امراته
وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجهما وعليهما الحج من قابل ولا فرق بين ان يكون
عامدا او ناسيا او هي نايمة او مكرهة وهكذا يعني مثل ما روي عن النبي عليه السلام نقل عن جماعة
من الصحابة رضوان الله عليهم وقال الشافعي يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والجامع تغلظ الجناية
والحجة عليه اطلاق ما رويناه وهو قوله عليه السلام يريقان دما ذكره مطلقا فيتناول
الشاة لانه متيقن فان قيل المطلق ينصرف الى الكامل اذا لم يكن ما يمنعه وهو هاهنا موجود لان
الجماع قبل الوقوف لما كان سببا للقضا خف معنى الجناية لاستدراك المصلحة الفايتة بالقضا
فلو اوجبنا البدنة لزم ايجاب الجزا الغليظ في مقابلة جناية خفيفة وهو خلاف مقتضى الحكمة
بخلاف ما اذا كان بعد الوقوف فان الجناية لم تخف لعدم وجوب القضا فايجاب البدنة في مقا
بلتها على مقتضى الحكمة والى هذا اشار المصنف بقوله ولان القضا لما وجب لم يتخف وعن
ابي حنيفة في غير القبل منهما اي من السبيلين وهو الدبر من المراة والرجل لا يفسد لتقاصر
معنى الوطي ولهذا لم يوجب الحد ولا يوجب الطهر بالاجماع وفي رواية يفسد لانه كامل
من حيث انه ارتفاق وعندهما يفسد لانه يوجب الحد **وقوله** وليس عليه ان يفارق

امراته الاصل فيه ان الصحابة رضي الله عنهم قالوا اذا رجعا للقضا يفترقان معناه ياخذ كل واحد منهما في
طريق غير طريق صاحبه فمالك رحمه الله اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال كما خرجا من بيتهما فعليهما ان يفترقا وقال
زفر رحمه الله يفترقان من وقت الاحرام لانه الا لافتراق بنسك بقول الصحابة رضي الله عنهم وقت اداء
النسك بعد الاحرام وهذا ليس بشي لان القضا يحكي الادا فلم يكن نسكا في الادا لا يكون نسكا في القضا وقال
الشافعي رحمه الله اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه يفترقان لانهما لا يامنان اذا وصلا الى ذلك الموضع
ان يهيج بهما الشهوة فيواقعها والمصنف رحمه الله ذكر دليلنا على وجه هو دافع لانواعهم وهو واضح
ونقول مراد الصحابة رضي الله عنهم انهما يفترقان على سبيل الندب اذا خافا على انفسهما الفتنة كما يندب للشاب
الى الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم اذا كان لا يامن على نفسه ما سواه ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد
حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل رمي جمرة العقبة فان حجه يفسد لان احرامه قبل الرمي مطلق
اي كامل حيث لا يحل له شي مما هو حرام على المحرم والجماع في الاحرام المطلق مفسد للحج كما اذا كان قبل الوقوف بخلاف ما
بعد الرمي فانه قد جاوان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراما على المحرم **وقوله** لقوله عليه السلام دليلنا
ووجه ذلك انه صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس به المراد التمام من حيث ادا الافعال بالاتفاق
لبقا بعض الاركان فكان المراد به التمام من حيث انه يامن الفساد بعده لتاكد حجه بالوقوف الا ترى انه يامن الفوات
بعد الوقوف فكما ثبت حكم التاكد في الامن عن الفوات كذلك يثبت في الامن عن الفساد فان قيل كذلك لما وجبت
البدنة لان الشي بعد تمامه لا يقبل الجناية فلا يقتضي جزا الجناية بتوله وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما
وهو ما روي عنه انه قال اذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم وان جامع بعد الوقوف فحجته تامة
وعليه بدنة وروي انه قال لا تجب البدنة في الحج الا في موضعين من جامع بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة
جنبا ولم يعرف له مخالف فحل محل الاجماع وقيل مثله لا يدخل الراي فيه فكان مسموعا **وقوله** او
لانه قيل انما ذكر بكلمة او لكون اثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور فاخفيه ليكون متمسكا
باحدهما وفيه نظر لان المطلوب اثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار
ولعله الحق باصحاب الجابرين فلا يبالي لعن كيفيته وتقرير الجماع اعلى الارتفاقات لوقوع اللذة
وكل ما كان كذلك يتغلظ موجبه لوجوب التطابق بين الموجب والموجب بمقتضى الحكمة وان جامع
بعد الحلق فعليه شاة ظاهر **وقوله** ومن جامع في العمرة بيان الجناية على احرام العمرة ويوم الحج
لئلا يتوهم منه تفضيل طواف العمرة على طواف الزيارة فانه اذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة اربعة
اشواط لم يجب عليه شي وان فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب واجيب بان ذلك
ليس من حيث التفضيل بل من حيث محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب
انما يوتى به بعد التحلل بالحلق او التقصير غاية ما في الباب ان حكمه باخر فخف الانشا المعنى وهو وقوع
الركن في الاحرام فقام اكثر اشواطه مقام كله بخلاف العمرة فان طوافها قبل التحلل فكان ارتكاب المحظور
في محض الاحرام فيجب الدم كما في طواف العمرة لذلك **وقوله** وقال الشافعي يفسد في الوجهين اي فيما اذا جامع
قبل ان يطوف اربعة اشواط وبعده لانهما سيان في افساد الحج عنده فكذلك في العمرة لانها عنده فريضة
كالحج **وقوله** وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج لو قال للاحرام كان اشمل ليتناول العمرة جعل
النسيان غير موثر في فساده كما في الصوم وجعل الاكراه والنوم كالنسيان بنا على ان الاكراه لما اباح الاقدام
واعدم اصل الفعل مع كونه قصدا كان النوم اولى لانتفا القصد واذا انعدم الفعل لم يكن جناية ولنا ان الفساد
باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهو ان يكون بعمل الجماع لقوله تعالى فلا رفث الاية
والرفث اسم الجماع وهو لا ينعدم ببعض العوارض وليس في معنى الصوم لوجود المذكر وهو حالة الاحرام

بخلاف الصوم فانه لا مذكر له **فصل** لما فرغ من باب الجناية على الاحرام ذكر الجناية على الطواف
الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة **قوله** ومن طاف طواف القدوم محدثا طواف القدوم
محدثا معتد به عندنا وعليه صدقة وقال الشافعي لا يعتد به ولا يجبر بشيء لقوله صلى الله عليه
وسلم شبه الطواف بالصلاة وليس يريد به التشابه من المشابهة لان ذات الطواف وهو الدوران
مما ينافي به ذات الصلاة فيكون المراد انه حكمه حكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة ولنا
قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق وجه الاستدلال ان الله تعالى امر بالطواف وهو الدوران
حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا لانه لا يجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لانه نسخ ثم قيل
هي سنة وهو قول ابن شجاع والاصح انها واجبة وهو قول ابي بكر الرازي لانها تجب بتركها الجابر وهو
اما الدم وهو على ما قال به بعض مشايخ العراق او الصدقة كما ذكره في الكتاب وهو مروي عن محمد وكل
ما كان يجب بتركه جابر فهو واجب ولان الخبر يوجب العمل دون العلم فيثبت الوجوب دون الفرضية
وقوله فاذا شرع في هذا الطواف دليل على وجوب الصدقة على تقدير كونها سنة وذلك لان الشروع
في النفل يلزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا وبدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة
اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وفيه بحث من وجهين احدهما
ان دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة في جبر الفراغ فلا يوجد في الداخل فيه وهو طواف الزيارة
والثاني انه منقوض بالصلاة النافلة فانه اذا دخلها نقص يجبر بسجدة السهو كما يجبر الفرض بها ولم يظهر
دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيه فليكن هاهنا ايضا كذلك والجواب عن الاول ان ترك السنة يوجب
نقصا ويجبر بالكفارة الا ترى ان من افاض من عرفات قبل الامام وجب عليه دم قال محمد رحمه الله لانه
ترك سنة الدفع وعن الثاني بان الشرع جعل الجابر في الصلاة نوعا واحدا فلا يصار الى غيره وفي الحج جعله
متنوعا فامكن المصير الى ما تبين به رتبة النفل عن الفرض وهذا كله رواية الفقه وهي اختيار المصنف
واما على ما ذكره الطحاوي وشيخ الاسلام انه اذا طاف للتحية محدثا فلا شيء عليه لانه لو تركه اصلا لم يجب
عليه شيء فكذا اذا اتى به محدثا فالحاج الى شيء من هذه التكلفات ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة
لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من ادخاله على الواجب وان كان جنبا فعليه بدنة وكلامه ظاهر **وقوله**
لان الاكثر الشيء له حكم الكل يعترض عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلاة ونحوهما فان الاكثر فيها لا يقوم
مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ونزيده هاهنا بيانا وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة
فقد تم حجه وليس كذلك الا باقية الاكثر مقام الكل فان الحج له فروض ثلاثة شروط وركنان وعند ما وقف
فقد حصل منها اثنان وهو الشرط اعني الاحرام واحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم
يكن كذلك **وقوله** والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة وجه ذلك ان فيه تحصيل الجبران بما هو من
جنسه فكان افضل **وقوله** وفي بعض النسخ يريد به نسخ المبسوط **وقوله** ثم اذا اعاد يعني
طواف الزيارة **وقوله** والاعادة بعد ايام النحر انه هذه للوصل **وقوله** لا ذبح عليه بناء
على ان الطواف الاول وان كان بغير طهارة معتد به والا لزم الدم على قول ابي حنيفة بالتاخير فاذا كان
معتدا به بنقصان وقد اعاده لم يبق الا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحدث وهو لا يوجب
شيئا **وقوله** وان اعاده وقد طاف جنبا ظاهر **وقوله** وان اعاده بعد ايام النحر لزمه
الدم اي الشاة لان البدنة سقطت بالاعادة بالاتفاق وانما هذا دم يلزمه على قول ابي حنيفة
لتاخير الطواف عن ايام النحر على ما عرف من مذهبه ان من اخر نسكا عن نسك يجب عليه الدم وهذا
الذي ذكره انما هو على اختيار ابي بكر الرازي في ان المعتد به من الطوافين اذا طاف الاول جنبا انما هو الثاني

وان الاول ينفسخ بالثاني اذ لو كان الاول لما لزم دم التاخير لان الاول مؤدى في وقته بخلاف
ما اذا طاف الاول محدثا فان المعتد به هو الاول لقلة النقصان فكان الثاني جابرا للنقصان
المتمكن فيه فان قيل انما تقول في معتمر طاف لعمرته في رمضان جنبا ثم اعاد طوافه في اشهر الحج
وحج من عامه ذلك فانه لا يكون متمتعا اجيب بان المعتمر لما طاف في رمضان وقع الامن عن
فساد العمرة واذا امن فسادها قبل وقت الحج لا يكون متمتعا فان قيل التحلل يحصل بالطواف الاول
فيكون هو المعتد به اجيب بان الاول يراعى الحكم لفحش النقصان فيه فان اعاده انفسخ الاول
واعتد بالثاني وان كان هو المعتد به في التحلل **وقوله** ولو رجع الى اهله طاهرا **وقوله**
الا ان الافضل هو العود لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجبور وهو الطواف **وقوله** ولو
رجع الى اهله طاهرا **وقوله** لان النقصان يترك الاقل يسير انما كان كذلك لان جانب الوجود
راجح **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقراء **وقوله**
او اربعة اشواط منه يعني من طواف الصدر فعليه الصدقة يعني لاظهار التفاوت بين ترك الاقل
من طواف الصدر والاقل من طواف الزيارة والمراد بالصدقة هاهنا هو ان يكون لكل شوط منه نصف صاع
من حنطة والحاصل ان اكثر طواف الصدر بمنزلة اقل طواف الزيارة في وجوب الشاة واذا كان في اكثره شاة
فلا بد ان يكون في اقله صدقة **قال** ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء ما ذكر من المسئلتين والفرق
بينهما واضح وغاية نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه وهاهنا اصل وهو ان كل من وجب
عليه طواف فاتى به في وقته وقع عنه سواء نواه او لم ينوه او نوى به طوافا اخر فالمحرم اذا دخل مكة فطاف
ولم ينو شيئا او نوى التطوع فان كان معتمرا وقع عن العمرة وان كان حاجا وقع عن طواف القدوم وان كان قارنا
كان الطواف الاول للعمرة ثم ما بعده للحج سوى نوى التطوع او طوافا اخر وانما كان كذلك لان الاحرام قد انعقد
لاداء به فاذا اتى به وقع عن المستحق ولم يتغير بنيته كما اذا سجد بنوي به تطوعا لم يتغير بنيته ووقع السجدة
عما هو مستحق عليه **وقوله** على ما بينا اشارة الى قوله ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه
فعليه شاة الى قوله وما دام بمكة يؤمر بالاعادة **وقوله** ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء واضح
وقوله واما السعي يعني انما يعيد السعي وان لم يفتقر الى الطهارة لعدم ورود ما ورد في الطواف من
النص فيه لكونه تابعا للطواف لانه لا يعتد قربة بدون الطواف **وقوله** وليس عليه في السعي
شيء معطوف على قوله فعليه دم **وقوله** فكذلك اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي يعني ليس عليه
شيء وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعض المشايخ اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لانه لما اعاد
الطواف فقد نقض الطواف الاول واذا انتقض ذلك حصل السعي قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي
فيجب عليه دم ووجه الصحيح وهو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام المحبوبي والمصنف رحمه الله ان الطهارة
ليست بشرط للسعي وانما الشرط فيه ان يكون على اثر طواف معتد به وطواف المحدث كذلك ولهذا يتحلل به
فاذا اتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود فان اعاد تبعا للطواف فهو افضل والا فلا شيء عليه **وقوله**
ومن ترك السعي ظاهر **وقوله** ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم قال في النهاية كان من حق الرواية
ان يقال ومن افاض قبل غروب الشمس فعليه دم لان المحظور عليه الافاضة قبل غروب الشمس واما قوله
هنا يستلزم ذلك لان الاستدامة اذا كانت واجبة الى غروب الشمس فالافاضة قبل الامام لا يكون الا قبل
الغروب لان الظاهر ان الامام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة **وقوله** ومن ترك السعي ظاهر **وقوله**
بخلاف ما اذا وقف ليلا متصل بقوله ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب فان قيل قوله عليه السلام
من وقف بعرفة بليل او نهار فقد ادرك الحج يقتضي ان لا يكون الاستدامة شرطا لا في الليل ولا في النهار فليعف

جعلتم شرطا في النهار قلت تركت ظاهره في حق النهار بقوله صلى الله عليه وسلم فقد فعوا بعد غروب الشمس فبقي الليل
على ظاهره وان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية وروى ابن شجاع عن ابي
حنيفة انه يسقط عنه الدم لانه استدرك ما فاته لان الواجب عليه الافاضة بعد الغروب وقد
اتى به فكان كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد الى الميقات واحرم الظاهر ما ذكر في الكتاب لان المتروك لا يصير
مستدركا معناه ان المتروك سنة الدفع مع الامام وذلك ليس يستدرك بعوده وحده لا محالة واذا
عاد قبل غروب الشمس حتى افاض مع الامام بعد غروبها فقد اختلفوا فيه فمنهم من قال لا يسقط عنه الدم
لان استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقي عليه الدم ومنهم من قال يسقط لانه استدرك
سنة الدفع مع الامام **قال** ومن ترك الوقوف بالمزدلفة قد تقدم ان الوقوف بالمزدلفة
ورمي الجمار من الواجبات فاذا تركهما يجب عليه الدم لكن اذا ترك رمي الجمار في الايام كلها وهي اربعة ايام نحو خاص
ويسر بوقع صور بومان بينهما نحو ونشر بوت يكفيه دم واحد وقال بعض المشايخ يلزمه بترك رمي كل يوم دم
لان الجنايات وان كانت جنسا واحدا لكن في مجالس مختلفة فكان كمن قص اظافير يديه ورجليه في مجالس مختلفة
كما تقدم ووجه ما في الكتاب ما ذكره فيه بقوله لان الجنس متحد وكل ما كان كذلك لا يتعدد فيه الكفارة كما في
الحلق فانه لو حلق شعر البدن كله يلزمه دم واحد وان كان يلزمه لو اقتصر على حلق الراس او ربعه **وقوله**
والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي جواب ما قاله ذلك البعض من المشايخ ان المجالس مختلفة ووجه
ذلك ان ايام الرمي كلها زمان واحد للرمي فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس لانه لم يعرف قربة الا فيها على خلاف القياس
فلا يتحقق الترك ما دام فيها كالتضحية في ايام النحر فيرميها على التاليف اي على الترتيب الذي شرع ما دامت
الايام باقية بخلاف قص الاظافير فان تركه ليس بموقت بزمان فيتحقق اختلاف المجالس ثم بتاخيرها عن هذه
الايام يجب الدم وهو شاء عن ابي حنيفة خلافا لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام فان قيل
هذا ظاهر للاقامة والنفر بدليل على انه اذا نفر النفر الاول يجب عليه دم لانه ترك رمي يوم وليس كذلك فانه مخير
بين الاقامة والنفر وذلك انه التطوع فكيف يجب عليه دم **اجيب** بان المخير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع
واما اذا طلع فقد وجب عليه الدم فكان كالمتطوع مخير فيه قبل الشروع ويجب بعده **وقوله** ومن
ترك رمي احدى الجمار مبناه على ان ما كان نسك يوم فتركه يوجب الدم وما كان بعضه الاقل فتركه يوجب الصدقة
فعلى هذا اذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم وان تركها في بقية الايام يلزمه صدقة وهذا اذا لم يقضه
في ايام الرمي فاما اذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند ابي حنيفة رحمه الله **وقوله**
فكان المتروك اقل يعني اذا ترك رمي احدى الجمار لان المتروك حينئذ سبع حصيات والمؤتى به اربع
عشرة حصاة وقوله الا ان يكون المتروك اكثر من النصف استثناء منقطع من قوله ومن ترك رمي
احدى الجمار لكن اذا ترك اكثر من رمي احدى الجمار وبلغ المتروك اكثر من النصف مثل ان ترك احدى
عشر حصاة ورمى عشر حصاة فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر والاكثر يقوم مقام الكل **وقوله**
لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا احترز به عن التمييز لان فيه وظايف غير الرمي كالذبح والحلق والطواف
والطواف فلو اقتصر على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي **وقوله** وكذلك اذا ترك
الاكثر منها اي من جمرة العقبة **وقوله** الا ان يبلغ دما استثناء من قوله يتصدق لكل حصاة
نصف صاع يعني اذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ ينقص من الدم ما شاء
حتى يلزم التسوية بين الاقل والاكثر **وقوله** لان المتروك هو الاقل دليل قوله تصدق
قال ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر هذا بناء على ما تقدم ان ابا حنيفة يوجب الدم
بالتاخير خلافا لهما **وقوله** وكذا الخلاف في تاخير الرمي اي في تاخير رمي جمرة العقبة عن

يوم

يوم النحر وتاخير رمي الجمار من اليوم الثاني الى الثالث ومن الثالث الى الرابع **وقوله** وفي تقديم
نسك على نسك اي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي سواء كان مفردا وغيره
ونحر القارن او المتمتع قبل الرمي وحلق قبل الذبح فانه لا شيء عليه القارن والمتمتع قبل
الذبح وانما خص القارن بذلك لان المفرد اذا ذبح قبل الرمي وحلق قبل الذبح فانه لا شيء عليه
لان تاخير النسك لا يتحقق في حقه هاهنا لكون الذبح غير واجب عليه فان قيل تقديم نسك
على نسك يستلزم تاخير نسك عن نسك فكان في كلامه تكرار فالجواب انه اراد بالتاخير ما يكون
بحسب الايام وبالتقديم ما يكون بحسب الاوقات في يوم واحد فلا تكرار لهما ان ما فات
مستدرك بالقضاء لا يجب فيه شيء بالاستقراء في احكام الشرع ولابي حنيفة حديث ابن
مسعود رضي الله عنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم فان قيل ثبت في الصحيحين عن عبد
الله بن عمرو بن العاص انه صلى الله عليه وسلم وقف للناس يسألونه فجاء رجل فقال نحرت قبل الرمي
فقال عليه السلام افعل ولا حرج فما سئل عليه السلام عن شيء في التقديم والتاخير فالجواب انه
منزوك الظاهر لانه يدل على ترك القضاء ايضا وجواز ان يكون السائل مفردا وتقديم الذبح
على الرمي لا يوجب عليه شيء كما ذكرنا وكذا غير ذلك مما ذكر ويجوز ان يكون مما ليس بموقت فلا يوجب
التاخير فيه شيئا سلمناه ولكن يكون معارضا بما رويناه من حديث ابن مسعود وقيل الصحيح ان رواية
ابن عباس رضي الله عنهما فيصار الى ما بعدهما والقياس معنا على ما ذكر في الكتاب بقوله ولان
التاخير عن المكان الذي يوجب الدم فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان بجامع تمكن
نقصان التاخير فيهما فان قيل معهما ايضا قياس وهو القياس على سائر ما يستدرك من العبادات
بالقضاء فكان قياسكم في حيز التعارض فالجواب ان قياسنا مرجح بالاحتياط فان فيه الخروج عن
العهدة بيقين **وقوله** وان حلق في ايام النحر ظاهر قال المصنف رحمه الله ذكر محمد في الجامع
الصغير قول ابي يوسف في المعتمر انه لا شيء ولم يذكره في الحاج اذا حلق خارج الحرم فقيل انما لم يذكره
بالاتفاق في وجوب الدم لان السنة جرت في الحج بان يكون الحلق في الحرم لا يتوقف بالزمان بالا
فان قيل اذا كان موقتا بهما كالوقوف فينبغي ان لا يعتبر به اذا حلق خارج الحرم كالوقوف بغير
عرفة او طاف بغير البيت فالجواب ان محل الفعل هو الراس وهو في الحرم ولكنه جنى بالتاخير عن
مكانه فيلزمه دم كما يلزمه بالتاخير عن وقته بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فان محل
الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما يتبدل المحل فلا يجوز ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله
على اختصاصه بالمكان قد علم من قوله ولهذا ان الحلق لما جعل محللا الى اخره واما على اختصاصه بالزمان
فلان الحلق للتحلل وهذا بالاتفاق وكل ما هو كذلك يوقت بالزمان كالطواف ووجه قول ابي يوسف
اما على عدم اختصاصه بالزمان والمكان فقد علم من قوله هو يقول الحلق غير مختص بالحرم
الى اخره واما على عدم اختصاصه بالزمان فهو ان الحلق الذي هو نسك في اوانه بمنزلة الحلق
الذي هو جناية قبل اوانه فكما ان ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا ولو اردت ان تجعله
دليلا للشقين **قلت** فكما ان ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا ولو اردت ادلو كان
مختصا بهما لما وقع معتدا به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة وقد عرفت جواب ذلك انفا
ووجه قول محمد اما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولهما ان الحلق الى اخره واما على
عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل ابي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان ووجه قول زفر
ان التحلل عن الاحرام معتبر بابتداء الاحرام وابتداؤه موقت بالزمان حتى كره تقديم احرام

الحج على اشهر دون المكان حتى جاز ان يحرم من حيث شاء قبل الميقات فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان فلو اخر عن ايام النحر لزمه الدم ولو خرج من الحرم ثم حلق لم يلزمه شي **وقوله** وهذا الخلاف اي ما ذكرنا بين علمائنا في التوقيت انما هو في حق التضمين بالدم واما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق **وقوله** لان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان فان ركنها الطواف وهو غير موقت بزمان وفيه نظر لانها في ايام النحر مكروهة فكانت موقتة والجواب ان كراهتها ليست من حيث انها موقتة بغيرها بل باعتبار انه مشغول بافعال الحج فيها فلو اعتمر فيها لربما اخل بشي من افعاله فكرهت لذلك **وقوله** بخلاف فيه متصل بقوله غير موقت بالزمان واليه ذهب صاحب النهاية ويكون معناه لانه موقت بخلاف المكان لانه موقت به عند ابي حنيفة ومحمد بنا على ما تقدم من الاصح ويجوز ان يكون متصلا بقوله لان اصل العمرة لا يتوقت به اي بالزمان بخلاف المكان لانه اي اصل العمرة موقت به فلا حاجة الى تاويل وان لم يقصر المعتمر الذي خرج من الحرم حتى رجع الى الحرم وقصر فيه فلا شي عليه في قولهم جميعا لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمان ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التاخير عند ابي حنيفة رحمه الله **وقوله** فان حلق القارن قبل ان يذبح يعني اذا قدم القارن الحلق على الذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم للقران ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو دم القران ولا يجب بسبب التاخير شي على ما قلنا ان التاخير عنده يوجب الدم خلافا لهما هذا تقرير المسئلة على ما عليه اصل رواية الجامع الصغير فان محمدا قال فيه في قارن حلق قبل ان يذبح يعني على قول ابي حنيفة وعلى هذا فما ذكره المصنف رحمه الله غير مطابق له لانه قال دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وهذا كما ترى يشير الى ايجاد ما جنايته ولم يذكر دم القران وقال عندهما يجب عنه دم واحد وهو الاول الذي يجب بالحلق في غير اوانه لم يذكر الاسواه ولم يذكر ايضا دم القران ومع عدم مطابقته فهو مناقض لقوله قبل هذا وقالا لا شي عليه في الوجهين جميعا الى ان قال والحلق قبل الذبح وعلى هذا كان الحق ان يقول فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله دم للقران ودم بتاخير الذبح فكانه سهو وقع منه او من الكاتب ولا عتب في السهو على الانسان فان قيل قد وقع في عبارة بعض المشايخ دم القران واجب اجماعا ودم اخر عند ابي حنيفة بسبب تاخير الذبح عن الحلق فيجوز ان يكون المصنف قد اختار ذلك ولم يذكر دم القران وانما ذكر الاخر واشار اليه بقوله وهو الاول وذكر المختلف فيه قلت يابا ه قوله فيما تقدم وقالا لا شي عليه في الوجهين فانه تصريح بانهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شي يتعلق بالكفارة اصلا على انه مخالف لما هو الاصل في موضوع هذه المسئلة وهو الجامع الصغير لمحمد رحمه الله فان قيل فعلى ما ذكره محمد يجب ان يجب عليه ثلاثة دماء لان جناية القارن مضمونة بالدمين وهو اعتراض الامام المحبوبي فالجواب انه ما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان ولو قدم المفرد الحلق على الذبح لم يجب عليه شي فلا يتضاعف على القارن

فصل لما كانت الجناية على الاحرام بالصيد نوعا اخر فصل عما قبله في فصل على حدة الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في اصل الخلقة فقوله الحيوان بمنزلة الجنس **وقوله** الممتنع وهو الذي يمنع نفسه عمن قصده اما بقوائمه او بجناحه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط **وقوله** المتوحش في اصل الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول والظبي المستانس ويخرج الابل المستوحشة لان

الاستيناس في الاول والتوحش في الثاني عارضي لا معتبر به وهو على نوعين بري وهو ما يكون توالده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون توالده ومثواه في الماء والاعتبار في التوالد لانه الاصل فالبط والاوز بري لان مولدهما البر والضفدع بحري لان مولده البحر وصيد البحر حلال للمحرم سواء كان ماكولا او لم يكن وصيد البر محرم عليه لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الاية واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم اي بين عدم دخولها في الاية لان حقيقة الاستثنا لا يتصور ولكنه لما كان عند نا البيان انه لم يدخل استعاره له الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذيب والحداة والغراب والحية والعقرب على ما ذكر في الكتاب وهي سته وسياتي الكلام عن ذلك وسميت فواسق استعارة لخبثهن وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائهن بالاذى ولما كان مشهورا جازت الزيادة به على الكتاب ولا فرق في الصيد بين المملوك والمباح والماكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله **قال** واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزا اما القتل فلما ذكره في الكتاب وهو واضح واما الدلالة فعلى القسمة العقلية اربعة اقسام اما ان يكون الدال والمدلول حلالين او محرمين او الدال حلالا والمدلول محرما او بالعكس من ذلك والاول ليس مما نحن فيه والثاني على كل واحد منهما فيه جزا كاملا عندنا وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدال كذلك وفي الرابع عكسه وقال الشافعي رحمه الله لا شي على الدال اصلا لان الجزا يتعلق بالقتل بالنص والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا وقوله حلالا ليس بقيد فان المدلول ان كان محرما فالحكم كذلك ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة رضي الله عنه هل دللتم عليه هل اشرتم اليه على ما تقدم في باب الاحرام فانه يدل على ان الدلالة من محظورات الاحرام فان قيل خبر واحد لا يقاوم النص الصحيح **قلت** في النص ذكر القتل وتخصيص الشي بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به وقال عطا هو ابن ابي رباح تلميذ ابن عباس رضي الله عنهم اجمع الناس على ان على الدال الجزا قاله الطحاوي ولم يرو عن احد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا ورد بانه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ليس على الدال الجزا **واجيب** بانه ليس بثابت ولئن كان نحمل على ما اذا دل ولم يقتله المدلول بان الاجماع فيما اذا قتله فكان كلامه غير منقوض بمحل الاجماع ولان الدلالة من محظورات الاحرام فالاقدام عليها يوجب الجزا لا محالة ولانه اي الدلالة وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو تفويت الامن عن الصيد لانه امن بتوحشه عن الناس وتواريه عن اعينهم وبالدلالة يزول ذلك فصارت كالاتلاف **وقوله** ولان المحرم دليل اخر يتضمن الجواب عن قول الخصم فاشبه دلالة الحلال وتقريره ان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض لانه عقد خاص يتضمن ذلك شرعا والدلالة مباشرة لخلاف ما التزمه وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق على الوديعة بخلاف الحلال فانه لم يلتزم شيا على ان فيه اي فيما اذا دل الحلال على صيد الحرم الجزا على ما روي عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله لان الدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد لانه اذا علمه لم يكن ضمان الامر بدلالته فلا يكون في معنى الاتلاف وان يصدقه في الدلالة ليكون في معنى الاتلاف اما اذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان على المكذوب وفيه اشارة الى ان الاشارة الضمان على ذلك الغير ان كان محرما وهاهنا شروط اخر لم يذكرها احدها ان يتصل القتل بهذه الدلالة لان مجرد الدلالة لا يوجب شيا والثاني ان يبقى الدال محرما عند اخذ المدلول لان فعله انما يتم جناية اذا بقي محرما الى وقت القتل والثالث ان ياخذه المدلول قبل ان ينفلت فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم اخذه بعد ذلك فقتله لم يكن

على الدال شي لانه ذلك بمنزلة جرح اندمل ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يجب عليه شي لما قلنا
انه لا التزام من جهته فانه قيل لا من جهة التزام بعقد الاسلام انه لا يتعرض لصيد الحرم
اجيب بان عقد الاسلام ليس بكاف في ذلك بل لا بد من عقد خاص كما في عقد الوديعة
الا ترى ان المسلم التزم بعقد الاسلام انه لا يتعرض لاموال الناس ثم لو دل سارقا على مال
انسان فاخذه لا ضمان على الدال والعامد والناسي في وجوب الجزا سوا كما في قاتل او دال لانه ضمان
معتمد وجوبه الاتلاف لقوله تعالى ومن قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد فيه
كالناسي فيه سوا كما في غرامات الاموال فان قيل ليس هذا كغرامات الاموال الا ترى ان رجلين
ان اشتركا في اتلاف شاة الغير كان على كل منهما نصف القيمة وان اشتركا في قتل صيد كان على
كل منهما جزا كاملا فالجواب ان مناط الالحاق مدارية الاتلاف للضمان وقد وجدت والاتحاد في
جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص القاطع لقوله تعالى
ومن قتله منكم متعمدا نص على المتعمد وهو يخالف النسيان فالجواب ان التخصيص بالذكر لا يدل
على نفي الحكم عما عداه فجاز ان يثبت حكم النسيان بدليل اخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم الضبع
صيد وفيه شاة من غير فصل بين عمد ونسيان وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن
ابي وقاص رضي الله عنهم فان قيل فما فايدة قوله متعمدا اجيب بان فايدته التنبيه لان الدلالة
قد قامت على ان صفة التعمد في القتل تمنع وجوب الكفارة سوا كان لعلة الموجبة كما وجبت حدث
ابتدا فقد وجدت في المرة الثانية فلو تخلف الحكم عنه بطلت فان قيل قال الله تعالى ومن
عاد فينتقم الله منه جعل كل جزايه بالقا انتقام الله فلا يكون له موجب سواه كما عرف فالجواب
ان هذا مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وداود الظاهري في ان موجب العايد ان يقال له
اذهب فينتقم الله منك ولكنا نقول ان ذلك اذا عاد مستحلا او مستعجلا به كما في قوله
تعالى ذوا عدل من حيث انه صيد لا من حيث انه ما زاد عليه صنعه فان قتل المحرم بازيه
المعلم فعليه قيمته غير معلم وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا قتله لغيره فانه يجب قيمته
معلما واجيب بان وجوب الجزا باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش والتنفر عن الناس
وكونه معلما لا مدخل له في ذلك بل يتقصر به ذلك فلا يدخل في الجزا واما وجوب القيمة في
الاتلاف فباعتبار المالية وهي بالانتفاع وذلك يزداد بكونه معلما فيدخل في الضمان وانما
قيد بقوله صنعه لانه اذا كانت الزيادة بامر خلقي كما اذا كان طيرا يصوت فازداد قيمته
لذلك فباعتبار ذلك في الجزا روايتان في رواية لا يعتبر لانه ليس في معنى الصيدية في شي
وفي اخرى يعتبر لانه وصف ثابت باصل الخلقة كالحمام اذا كان مطوقا وقوله ثم هو
يعني القاتل مخير في الفدا ظاهر وقال محمد والشافعي يجب في الصيد النظير فيما له نظير
اي في المنظر لا في القيمة ففي الظبي شاة ظاهر واستدلا على ذلك بقوله تعالى فجزا مثل
ما قتل من النعم بقوله ووجهه ان مثل المقتول من النعم ما يشبه المقتول صورة لان من
النعم بيان للمثل والقيمة لا يكون نعما وبان الصحابة رضي الله عنهم وهو عمر وعلي وعبد الله بن
مسعود اوجبوا النظير على ما بينا يعني قوله ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي اليربوع
جفرة وهي التي بلغت اربعة اشهر الجاحرة وما ليس له نظير من حيث الخلقة مثل العصفور
والحمام وما اشبههما تجب فيه القيمة عند محمد وكان قوله كقول ابي حنيفة وابي يوسف والشافعي
يعتبر المماثلة من حيث الصفات فاوجب في الحمام شاة لمشابهة بينهما من حيث الكل واحدهما

يعب

يعب ويهدر العب من باب طلب ان يشرب الما بمره من غير ان يقطع الجرع قاله ابو عمرو والحمام
يشرب هكذا بخلاف ساير الطيور فانها تشرب شيا فشيا ويقال هدر البعير والحمام اذا صوت
من باب ضرب ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الله تعالى اطلق المثل والمثل المطلق
هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل صوري من تناول النص فيكون
اهماله عن حكم الشرع فيحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد ولكون المثل
المعنوي مرادا بالاجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا لا لزوم عموم المشترك والجمع بين
الحقيقة والمجاز وكلاهما جايز هنا اما قالوا واعترض بان المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه
معنى ولا هو حقيقة في احدهما مجاز في الاخر حتى يلزم ما ذكرتم بل هو مطلق يتناولهما كالرقبة تتناول المو
والكافر فيدخل تحته المثل المطلق الصوري والمعنوي كما في قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم دخل ما له مثل معنى وصورة كما في المثليات وما ليس له مثل الا معنى كالقيميات والجوا
ان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات فهو الدال على الماهية فقط وذلك يتحقق
تحت كل فرد من افراده المحتمله فلو كان دالا على ذلك لوجب المغايرة على النعامة وليس كذلك بل هي
حقيقة عرفية في المطلق مجاز في غيره والمجاز ها هنا مراد بالاجماع فلا يكون غيره مرادا ومثل ذلك بقوله في
الاخرى اما على قول من يقول موجب الغصب القيمة ورد العين مخلص فظاهر لان الموجب الاصلي اولى بالارادة
ورد العين يثبت بقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده واما على قول من يقول موجب الغصب رد العين
وادا القيمة مخلص فلذلك لا يكون القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح
وجمعه المقل موعه وقوله لما فيه من التعميم دليل اخر يعني في اعتبار المثل معنى تعميم لانه يتناول
ما له نظير وما ليس له فكان هو المراد اي في اعتبار المثل صورة تخصيص لتناوله ما له نظير فقط
والعمل بالتعميم اولى ليكون النص حينئذ اعم فايدة وقوله والمراد بالنص جواب عن قوله
لان القيمة لا يكون نعما وتقريره ان المراد بالاية فجزاؤه قيمة ما قتل من النعم الوحشي لان المثل
بمعنى القيمة على ما بينا لما قيل والمراد من اسم النعم الوحشي لان الجزا انما يجب بقتله لا بقتل
الحيوان الاهلي وقد ثبت ان اسم النعم كما يطلق على الاهلي في اللغة يطلق على الوحشي قاله ابو عبيدة
الاصمعي فان قيل ما تصنع بقوله هديا وهو حال من جزا فاذا كان الجزا القيمة كيف يمكن ان يكون هديا
بالغ الكعبة قال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وعن اثر الصحابة يعني ان ايجاب النبي عليه
السلام والصحابة رضي الله عنهم هذه النظاير لم يكن باعتبار اعيانها اذ لا مماثلة بين الضبع والشاة
خلقة وانما كان باعتبار التقدير بالقيمة الا انهم كانوا ارباب المواشي فكان الادا عليهم منها ايسر
وهو نظير قول علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية والمراد
القيمة قال ثم الخيار الى القاتل يعني اذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهي تبلغ هديا
فالخيار في ان يجعله هديا او طعاما او صوما الى القاتل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
والشافعي الخيار الى الحكمين في تعيين احد الاشيا فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان
حكما بالطعام او الصيام فعلى ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف يعني من اعتبار القيمة من حيث المعنى
لهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه ليرتفق
بما يختار كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا ووجه
ذلك انه ذكر الهدي منصوبا بتفسير لقوله يحكم به فان الضمير به مبهم فسره بقوله هديا
فكان نصبا على التفسير وقوله وقلنا جواب عن التفسير اسنده لانهما وتقريره ان الدليل

انما يصح ان لو كانت الكفارة معطوفة على هديا وليس كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هي معطوفة
على قوله فجزا بدليل انه مرفوع وكذلك قوله تعالى او عدل ذلك صياما مرفوع فاما في الاية
دلالة له اختيار الحكمين في الطعام والصيام واذا ثبت الخيار فيهما للحكمين ثم يثبت في
الهدي بعد من القايل بالفصل وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف لا غير ثم الاختيار
بعد ذلك الى من عليه وعاله ويقومان اي الحكمان في المكان الذي اصابه المحرم قال
شيخ الاسلام وكذا يعتبر الزمان الذي اصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن
والازمان **وقوله** فان كان الموضع برا ظاهرا **وقوله** وقيل يعتبر المثنى هنا في
جزا الصيد بالنص وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل قال في الكشاف روي عن قبيصة انه اصاب
ظبيا وهو محرم فسال عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم امره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه
والله ما علم امير المومنين حتى سال غيره فاقبل عليه ضربا وقال اتغمص الفتيا وتقتل الصيد
وانت محرم قال الله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فانا عمر وهذا عبد الرحمن **وقوله**
ويجوز الاطعام في غيرها ايضا سوا كان طعاما من الاباحة او التمليك **وقوله** **وقوله**
والصوم يجوز في غير مكة يعني بالاجماع **وقوله** اذا تصدق باللحم وفيه وفا بقيمة
الطعام بان يصيب كل مسكين من اللحم ما يبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا على كفارة
اليمين وكان من شرطه تصدقه التفريق بخلاف ما اذا ذبح بمكة فانه اذا تصدق به بعد الذبح
على فقير واحد جاز لان جوازه من حيث الهدي لا من حيث الصدقة **وقوله** لان الاراقة
لا تنوب عنه اي لان الاراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدي حتى لو سرق
المذبوح او ضاع قبل التصدق به بقي الجواب عليه كما كان بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج
عن العهدة وان سرق او ضاع قبل التصدق به **قال** واذا وقع الاختيار على الهدي
اذا اختار القاتل الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية وهو الجذع الكبير من الضان او
الثني من غيره عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان مطلق اسم الهدي قد ينصرف الى غيره كما اذا
قال ان فعلت كذا فثوبي هذا هدي فليكن في محل النزاع كذا واجيب بان الكلام في مطلق
الهدي وما ذكرت ليس كذلك لان الاشارة الى الثوب قيدته بذلك وقال محمد والشافعي
يجزي صغار النعم قال في النهاية وذكر في المبسوط والاسرار وشروح الجامع الصغير لفخر
الاسلام وقاضي خان قول ابي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله لان الصحابة رضي الله عنهم
اوجبوا عناقا وجفرة فدل على جواز ذلك في باب الهدي وعند ابي حنيفة وابي يوسف
يجوز الصغار على وجه الاطعام فيجوز ان يكون ايجاب الصحابة على ذلك الوجه واذا وقع الاختيار على
الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا وقال الشافعي وقيل هو قول محمد رحمهم الله يجب
المثل ثم يقوم المثل بالطعام واما عندنا فالمتلف هو المضمون فيعتبر قيمته **وقوله** واذا
اشترى بالقيمة طعاما اشارة الى انه يجوز ان يقوم المثل بالقيمة ثم يشتري بالقيمة طعاما
وقوله ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع يعني نصف صاع من بر كما في صدقة الفطر وكفارة
اليمين والظهار وفوته **وقوله** وان اختار الصيام ظاهر **وقوله** وكذا اذا كان الواجب
دون طعام مسكين بان قتل يربوعا او عصفورا ولم يبلغ قيمته الجيد امن الحنطة يطعم
ذلك القدر او يصوم يوما كاملا لما قلنا ان الصوم اقل من يوم غير مشروع **وقوله** ولو
خرج صيدا ظاهر **وقوله** ما لم يفسد اشارة الى انها اذا كانت مدرة فلا شي عليه لانه لم

يتلف صيدا ولا ما هو بعرضة ان يصير صيدا **وقوله** فان خرج من البيض فرخ ميت هذه
المسالة لا تخلو من ان علم انه كان حيا ومات بالكسر او علم انه كان ميتا او لم يعلم ان موته بسبب
الكسر اولى فان كانت الاول يضمن قيمته وان كان الثاني فلا شي عليه وان كان الثالث فالقياس ان لا
يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وفي الاستحسان يجب عليه قيمة الفرخ
حيا لما ذكر في الكتاب وتقريره البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي وكل ما هو معد ليخرج منه
الفرخ الحي كسره قبل اوانه سبب لموت ذلك الفرخ عليه وذلك اتلاف له والاتلاف نوع
الضمان **وقوله** فيحال به عليه اي بالموت على الكسر والحاصل ان كان اصله حالة الموت على
الكسر اي يضاف اليه فان قيل بيض النعامة كبطن الظبية فلو ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا
وماتت الظبية كان عليه قيمتهما على ما يجي ولم لا يكون عليه هاهنا قيمة البيض والفرخ جميعا
اجيب بان ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار انه سبب الفرخ ولهذا لا يجب الضمان
اذا كانت البيضة مذرة فاذا وجب ضمان الفرخ لا يجب ضمان البيض **وقوله** وعلى هذا اي
القياس والاستحسان اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا ماتت عليه قيمة الجارية دون
الجنين فكيف وجبت هاهنا قيمة الجنين اجيب بان الجنين في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من
وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط فلا يجب في موضع الشك واما جزا الصيد
فمبني على الاحتياط فرجح فيه شبهة النفسية في الجنين ووجب الجزاء وليس في قتل الفواسق الخمسة
شي لان النبي عليه السلام استثنى بقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة
والحية والعقرب والفارة والكلب العقور ومراده الذيب او يقال ان الذيب في معنى الكلب
العقور وذكر المصنف في اول هذا الفصل الستة بناء على الرواية والدلالة **وقوله** والمراد
بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط اي النجاسات مع غيرها اي ياكل الحب تارة والنجاسة
اخرى وقع تكرارا لانه ذكره في اول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مرويا عن ابي يوسف
فكان مستغنى عن ذكره **وقوله** الذي ياكل الجيف خبر لا صفة فكان موضع ضمير
الفصل واحترز به عن الغراب الذي ياكل الزرع فانه يجب الضمان بقتله **وقوله** لانه
يبتدي بالاذى قيل لانه يثب على دبر الدابة وقيل فعلى هذا يكون في قوله في العقعق ولا
يبتدي بالاذى نظر لانه يثب على دبر الدابة وعن ابي حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور
والمستانس والمستوحش منهما اي من الكلب العقور وغير العقور سوا اما العقور فظاهر
لانه ورد فيه الحديث واما غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقه
وقوله لان المعتبر هو الجنس يعني الحقيقة التي يسمى كلبا لا افراد دون فرد وهذا لان هذا الجنس
ليس بصيد وفيه نظر لانه يفضي الى ابطال الوصف المنصوص عليه وهو كونه عقورا والجواب
انه ليس للتقييد بل لاظهار نوع اذايته فان ذلك طبع فيه **وقوله** ولكن لا يجب الجزاء للعلة
الاولى يعني قوله لانها ليست بصيود وليست متولدة من البدن سماهما علة وان كانا في علتين
لانه ذكر في موضع السلب يكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة في ان الحكم ينتفي بالجمع كما انه ينتفي
بانتفا الوحدة **وقوله** ومن قتل قملة تصدق بما شا وهذا وضعه في الكتاب وليس الجزاء منحصرا في
القتل بل الالقا في الارض كالقتل سوا اخذها من راسها او من موضع اخر وقيل في القملتين والثلث
كف من حنطة وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة **وقوله** شيا يسيرا على سبيل الاباحة وان
لم يكن نسبها لما قال في الجامع الصغير كسرة خبز وقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة فهذه العلل

حمص ما بو الجراد كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر رضي الله عنه
ارى دراهمكم كثيرة يا اهل حمص تمرة خير من جرادة وقوله ومن حلب صيد الحرم اللبن ضمن
اجزاء الصيد لقوله تعالى نسقيكم مما في بطونها وكلمة من للتبعيض وقوله كالسباع اي سباع البهائم
ونحوها اي سباع الطير وقوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة يعني ان النبي صلى الله
عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فانه اهلي وليس بصيد فكان المراد
ما يتكلب اي يتشدد فيتناول الاسد والفهد والنمر وغيرها فكان كان الله تعالى قال لا تقتلوا
الصيد وانتم حرم الا ما كان موذيا ولو كان النص بصيغة الصيغة لم يتناول لا ماكول اللحم فكذا هذا
ولنا ان السبع صيد لتوحشه وتنفره من الناس وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصاد به او
لدفع اذاه وكل ما هو صيد يتناوله قوله تعالى لا تقتلوا الصيد فيجب الجزاء بقتله والقياس على الفواسق
ممتنع لما فيه من ابطال العدد وكذلك الالحاق بها دلالة لان الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا
بالقرب منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان
تناوله لغة لم يتناوله عرفا والعرف املك اي اقوى وارجح في هذا الموضع كما في الايمان لبنائه
على الاحتياط والاحتياط في ايجاب الجزاء وقوله ولا يجاوز بقيمته شاة الا ان تعدى به وشاة
مرفوع لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمة الذي لا يوكل لحمه من الصيود قيمة شاة في
ظاهر الرواية وروى الكرخي انه ينقص من الدم وقال زفر رحمه الله يجب قيمته بالغة ما بلغت
اعتبارا بماكول اللحم والجامع الضمان ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة فلما ورد
الشرع بتقديره لا يزاد عليه برأي لان المقادير تعرف سماعا ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع
بجلده اذ اللحم غير ماكول لا لانه يحارب كما في بعض السباع الفيل يعلمه اهل الهند المحاربة بحيث
يكسر العسكر وهي معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيد به فلا يعتبر ولا لاجل
معنى الايذاء فيه لان الايذاء معنى لا يقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد ومن هذا الوجه لا يزداد
على قيمة الشاة ظاهر وقوله واذا صال السبع على المحرم اي وثب فقتله فلا شيء عليه وقال
زفر يجب اعتبارا بالجمل اذا صال على انسان فقتله الانسان فانه يجب قيمته وان قتله دفعا
عن نفسه ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه
علل الاهداء بالابتداء فيدل على ان الدافع لا يجب عليه شيء والا لم يبق التعليل فائدة واعترض
بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال واجيب بان ذلك في
خطابات الشرع اما في الروايات فيدل وفيه نظر لان قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطاب الشرع
لانه في حيز الاستدلال به فلا يفيد والجواب ان الاستدلال انما هو بفعله وقوله رواية
فيفيد وقوله ولان المحرم ممنوع عن التعرض استدلال بدلالة حديث الفواسق ووجهه
ان قتلها ابيح دفعا للاذى الموهوم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق اولى فكان ماذونا
بقتله من الشرع ومع وجود الاذن منه لا يجب الجزاء حقا له لسقوطه باذنه فان قيل الاذن
من الشرع ولم يسقط الجزاء الا يستلزم سقوط الجزاء كالمحرم اذا حلق راسه او تطيب لعذر فهو
ماذون من الشرع ولم يسقط الجزاء فالجواب ما نذكره بعيد هذا بقوله لان الاذن مقيد بالكفارة
بالنص على ما تلوناه وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا الاية فكان فائدة الاذن رفع الحرمة لا
غير وتقريره ان نفي الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس عليه غيره لا يقال يلحق
بطريق الدلالة لان الضرورة في الصول ليست كالضرورة في حلق الراس لان الاولى نادرة

والثانيه

والثانية كثيرة بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد ونوقض بالعبد صال
على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من مالكه واجيب بان
العبد مضمون في الاصل بانه ادمي حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره فاذا جاء
المبيح من قبله وهو المحاربة اسقط حقه كما اذا ارتد وسقوط المالية التي هي حق المولى انما كان
في ضمن سقوط الاصل بانه ادمي حقا للعبد لا حقا للمولى وهو بنفسه فلا معتبر به كما اذا ارتد
وقوله وانه اضطر المحرم ظاهر معناه مما ذكرنا انفا وقوله والمراد بالبط يعني المذكور
في القدوري البط الذي يكون في المساكن وهو الذي يكون طيرانه كالدجاج في البطوء يجوز
ذبحه للمحرم والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كانه سراويل [illegible] ولانه اذا البسته السراويل
وقوله ونحن نقول الحمام متوحش نفور بريه الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وكل
ما كان كذلك فهو صيد والاستئناس عارض جواب لمالك ومعناه الاعتبار للمعاني الاصلية
دون العوارض وعورض بان الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار حتى لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما
مسرولا ومات قبل ان يدرك ذكاته لم يحل ولو كان صيدا لحل واجيب بان مدار صحة ذكاة
الاضطرار هو العجز عن ذكاة الاختيار والعجز في الحمام غير موجود لانه ياوي في الليل الى برجه وقوله
وكذا اذا قتل ظبيا ظاهر وقوله واذا ذبح المحرم صيدا اي اذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة
لا يحل اكلها وقال الشافعي في احد قوليه اذا ذبحه المحرم لغيره حل لانه عامل له حيث ذبحه له وكل
من فعل لشخص انتقل اليه ذلك الفعل كما في عامة النيابات فصار كانه هو الذي ذبحه ولو ذبحه ذلك
الغير لنفسه جاز ان ياكله فكذا اذا ذبح له المحرم فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على ان المذبوح
محل له ولغيره ولذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بذبحه لانه حينئذ يكون
عاملا له وان كان متعلقا بقوله يحل على اطلاقه وذبيحة المحرم سواء كانت لنفسه او لغيره حرام
عليه ايضا عنده قولا واحدا قلت اري ان يكون قوله لغيره تنازع فيه الفعلان جميعا وتقديره يحل
لغيره ما ذبحه المحرم لغيره ويخرج نفسه من ذلك لان التقييد في الروايات مفيد بالاتفاق
فان قلت تعليل هذا لا يخلو اما ان يكون صحيحا او لا فان كان الثاني لم يتم الدعوى وان كان
الاول لزم ان يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا حل اكله للمحرم ان لم يدل
عليه او يشير اليه قلت التعليل صحيح لا يحل له لان الدلالة اذا كانت محرمة فالمباشرة لا تنقطع
عن الدلالة وان انتقل الفعل الى غيره حكما ولنا ان الذكاة فعل مشروع بالاتفاق وذبح المحرم ليس
بفعل مشروع بالنص قوله تعالى لا تقتلوا الصيد سماه قتلا دون الذبح او الذكاة اشارة الى انه
لا يوجب الحل بما هو عنه ويدل على التحريم بعينه لكونه بمعنى النهي ونوقض بذبح شاة الغير بغير اذنه
فانه حرام لا محالة فكان الواجب ان لا يبقى ذكاة ولا يحل اكله وليس كذلك والجواب ان المصنف
رحمه الله اشار الى الجواب عن هذا بقوله وهذا لان المشروع اي من الذبح هو الذي قام مقام الميز
بين الدم واللحم تيسيرا وبيانه ان الدم منجس للحيوان فلا بد من تمييزه عن اللحم ليصلح للاكل وذلك
امر متعسر خفي وله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح فاقيم الذبح مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا
والذبح الذي قام مقامه محدود وههنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يقم ههنا حيث اخرج الصيد
عن المحلية بالنسخ بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما كما قال حرمت عليكم امهاتكم فاخرجهن عن
عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة الغير بغير اذنه فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي
يدل على المشروعية كما عرف في الاصول وقوله فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمته عند

ابي حنيفة قال الامام التمرتاشي هذا اذا اكل بعد ما ادى الجزاء واما اذا اكل قبل ذلك فقد دخل
قيمة ما اكل في الجزاء وقوله وقالا الا ظاهر وقوله فصارت حرمة التناول بهذه الوسايط يريد ان
حرمة التناول باعتبار كونه ميتة وكونه ميتة باعتبار خروج الصيد عن المحلية وخروج الذابح
عن الاهلية وذلك باعتبار الاحرام فكانت الحرمة مضافة الى الاحرام بهذه الوسايط فكان متناولا
محظور احرامه فيجب عليه الجزاء وظهر من هذا الجواب عما اذا ذبح الحلال صيدا في الحرم فادى جزاءه
ثم اكل منه فانه لا يلزمه شي اخر لانه لم يتناول محظور احرامه وانما وجب جزاء المحل وهو لا يتكرر فان
استشكل بالمحرم كسر بيض صيد وادى جزاءه ثم شواه فاكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه
شي اخر اجيب بان وجوب الجزاء في البيض ليس لذاته بل باعتبار انه اصل الصيد كما ذكرناه وبعد
الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله فيما اصطاده لاجل المحرم يعني ان ينوي ان يكون الاصطياد له سواء
امره بذلك او لم يامره وقوله تذاكرنا لحم الصيد في المحرم يريد به ما روي عن طلحة انه قال تذاكرنا
لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت اصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نايم في حجرته فقال فيم انتم ٥
فذكرنا ذلك له فقال لا باس به وقوله واللام فيما روي يعني ما الكلام في قوله او يصاد له لام
تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم وهذا لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اهدي الصيد
الى المحرم لا فيما اهدي اليه اللحم لان اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول
الصيد على المحرم وبه نقول لانه ثبت ان الصعب بن جثامة الليثي اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم
حمارا وحشيا وهو بالابواء فرد عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم او يكون معنى
او يصاد له بامره واعلم ان هذا الحديث روي بالرفع او يصاد وحينئذ لا تمسك له بعض الرواية
لانه يقتضي الحل اذا صار غرم لاجله لانه صار معطوفا على المغيا لا الى الغاية ورواية كتب الحديث
مثل سنن ابي داود والترمذي والنسائي بالالف هكذا وانما لم يصح التمسك له به على ما روي
او يصد له ليصير معطوفا على الغاية وهي ضعيفة وقوله قالوا اي المشايخ فيه اي في شرط
عدم الدلالة لاباحة الاكل روايتان في رواية يحرم وهو اختيار الطحاوي وفي رواية لا يحرم وهو
اختيار ابي عبد الله الجرجاني قال وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال اذا قتل الحلال الصيد
الحرم وجب عليه قيمته يتصدق بها على الفقراء لما ذكر في الكتاب وهو واضح فان قيل الصيد
كما استحق الامن بسبب الحرم كذلك استحقه بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي ان
تجب عليه كفارتان ليس وبذلك قلت وجوب الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الايضاح
ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي ان حرمة الاحرام اقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد
في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف وقوله ولا يجزيه الصوم فرق بين قتل المحرم
الصيد وقتل الحلال صيد الحرم في جواز الصوم في الاول دون الثاني بما حاصله ان الواجب
على المحرم جزاء فعله ولهذا تعدد اذا قتل المحرمان صيدا واحدا وعلى الحلال بدل ما فات عن المحل
من وصف الامن والصوم يجوز ان يقع جزاء الفعل اذا قتل المحرم صيد الحرم لا بدل المحل لا يؤدي
في ضمن اداء جزاء الاحرام كما اذا قتل صيدا مملوكا فالجواب ان ما قلنا من الاستتباع انما كان فيما
تكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى وما ذكرتم ليس كذلك لان ما وجب فيه بازاء الفعل لله
وما وجب بازاء المحل للعبد ولا يمكن ان يقضى بما لله ما للعبد لان افتقار العبد مانع بخلاف الاول ٥
وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون والكافر اذا استهلكوا صيد الحرم وليس كذلك
واجيب بانه وان كان ضمان المحل لكن فيه معنى الجزاء حتى ان حلالا اذا اصاب صيد الحرم ٥

فقتله

فقتله في يد حلال اخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما متلف من جهة احدهما بالاخذ
المفوت للامن والثاني بالاتلاف حقيقة فلم يلزم على من ذكرتم نظرا الى الجزاء وهل يجزيه الهدي فيه
روايتان احداهما ان الواجب لا يتادى اي الجزاء باراقة الدم وهو الصحيح وغيره بل بالتصدق
باللحم فيشترط ان يكون قيمة اللحم مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح عاد الواجب كما كان
وللاخرى انه يتادى بها اذا كان قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد فان سرق المذبوح لم يبق عليه
شي لان الهدي مال يجعل لله تعالى واراقة الدم طريق صالح لذلك شرعا كالتصدق الا ترى ان
المضحي يجعل الاضحية لله تعالى باراقة دمها فكذلك بالهدي وقوله ومن دخل الحرم بصيد
قال في النهاية به وهو [?] يظهر خلاف الشافعي فان في المحرم لا يتوقف وجوب الارسال على دخول
الحرم فانه يجب عليه الارسال بمجرد الاحرام بالاتفاق قال الشافعي الصيد الذي في يده مملوكه وحق
الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجته وقلنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم وبين
الملازمة بقوله اذ صار يعني الصيد من صيد الحرم بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الامن لما روينا
من قوله عليه السلام في حديث طويل ولا ينفر صيدها وقوله فان باعه ظاهر وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وقوله ومن احرم وفي بيته
او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله يشير الى انه لو كان في يده فعليه ان يرسله بالاتفاق
ولهذا قاس الشافعي صورة النزاع فيه بقوله كما اذا كان في يده وقوله ولنا ان الصحابة ظاهر
وقوله وبذلك جرت العادة الفاشية فان الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم ان سالما
وقوله ولانه لو الواجب ترك التعرض دليل اخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي ووجهه ان الواجب
ترك التعرض وهو حاصل اذ لم يكن بيده لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به والتعرض بالامساك في الملك
ليس بخاف لانه لو ارسله في المفازة فهو على ملكه فدل على انه لا معتبر ببقاء الملك والا لزم الجزاء ارسل او لم
يرسل وقيل اذا كان القفص في يده وجب عليه ارساله لانه متعرض له بمسكه لكن على وجه لا يضيع بان
يخليه في بيته لان اضاعة المال منهي عنها وقوله فان اصاب حلال صيدا ظاهر وقوله
ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما احترز عما اخذ المحرم فانه لا يملك الصيد والملك المحترم لا يبطل بالاحرام
وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل ان الحلال اذا اخذ الصيد ثم احرم فارسله ثم حل فوجده في يد غيره
لا سبيل له عليه واذا كان ملكا محترما لم يجب اخراجه من الملك تركا للتعرض الواجب الترك كما اجاب
بقوله والواجب عليه ترك التعرض لا الاخراج عن ملكه ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع عنه
يده بالارسال كان متعديا بالقبض ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعازف فانه لا ضمان فيه
عندهما لانه امر بمعروف ونهي عن المنكر وعند ابي حنيفة يجب الضمان لغير لهو وقوله وان اصاب
محرم صيدا ظاهر وقوله فان قتله محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض ص
للصيد الامن والتعرض له من محظورات الاحرام الموجبة للجزاء والقاتل مقرر لذلك لانه كان بعد الاخذ
متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرر التعرض والتقرر كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا فانهم يضمنون بما قرروا والشهادة بهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج
على ما عرف ثم يرجع الاخذ على القاتل بما ضمن من الجزاء وقال زفر لا يرجع لان الاخذ انما اخذ بصنعه ومن
اخذ بصنعه لا يرجع على غيره بما لا يقبل الملك لئلا يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان
فيما هو غير قابل للملك في حق المحرم كمسلم غصب خمر ذمي فاتلفه في يد اخر فضمن الذمي الغاصب لم
يرجع على المتلف بشي ولنا ان الاخذ انما يصير سبب الضمان عند انتفاء الهلاك فهو اي القاتل القتل

وهذا الفعل ارسال وصح عليه ضمانه
فان قيل سلمنا انه ملكه ملكا محترما

جعل الاخذ علة فكون قتله في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان اليه كغاصب الغاصب اذا اتلف
المغصوب وضمنه الغاصب فان حاصل الضمان يستقر عليه واعترض بان الرجوع يستلزم تضمين
ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون والزام اكثر مما لزمه فان ما لزمه كفارة تفتي بها ويجزيه
الصوم فيه وبالرجوع يطالبه بضمان محكوم به محبس عليه وذلك اكثر مما لزمه فلا يجوز واجيب عن الاول
بان الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز ان يكون في مقابله ازالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لان
الاخذ كان متمكنا بيده من الارسال واسقاط الجزاء به عن نفسه وقد فوتها القاتل عليه فيضمنه كغصب
كغاصب المدبر اذا اتلفه انسان في يد الغاصب قيمته فانه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه فان كان
المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وعن الثاني بان مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا غصب
مدبر ابنه فغصبه منه اخر ثم الابن ضمن اباه رجع الاب على الغاصب ويحبسه وان كان هو لا يحبس فيما
لزمه لابنه والجواب عما استشهد به زفران غاصب الخنزير لم يثبت له يد محترمة لان خروجه عن
محلية التمليك لاهانته بخلاف الصيد لان ذلك فيه لزيادة احترام في حق المحرم باحرامه كحرمة الادمي فثبت
له يد محترمة فيه وان لم يثبت له ملك **قال** فان قطع حشيش الحرم او شجره اعلم ان حشيش الحرم وشجره
على نوعين شجر انبته الانسان وشجر نبت بنفسه وكل واحد منهما على نوعين لانه اما ان يكون من جنس ما ينبته
الناس او لا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء والاول من الثاني كذلك وانما يجب الجزاء في الثاني منه وهو
ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ويستوي فيه ان يكون مملوكا لانسان بان ينبت في ملكه او
لم يكن حتى لو ان رجلا نبت في ملكه ام غيلان فقطعها انسان فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة اخرى
لحق الشرع فقوله فان قطع حشيش الحرم الى ان قال فعليه قيمته اشارة الى هذا النوع الاخير لانه اضافه
الى الحرم وقالوا هو مما لا ينبته الناس **وقوله** لا يختلى خلاها اي لا يجتز رطب مرعاها ولا يقطع شوكها **وقوله**
لا انه حرم منبتا ولهما بسبب الحرم لا بسبب الاحرام لان المحرم ليس بممنوع عن الاحتشاش والاحتطاب
خارج الحرم **وقوله** على ما بينا اشارة الى قوله لانها غرامة وليست بكفارة **وقوله** بخلاف الصيد
يعني انه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم او بيع صيد الحرم اصلا لاجل الفرق ما نذكره بريد قوله لان بيعه
حيا يعرض للصيد الامن **وقوله** والذي ينبته الناس عادة متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس
وقوله وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان معطوف على قوله والذي ينبته الناس عادة يعني
ما لا ينبته الناس عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبته الناس فكان غير مستحق الامن الحاقا بمحل الاجماع
بجامع انقطاع كمال النسبة الى الحرم عند النسبة الى غيره بالانبات **وقوله** ولو نبت بنفسه
في ملك رجل فقد ظهر مما ذكرناه انفا واعترض عليه بوجهين احدهما ان النبات يملك بالاخذ فكيف
تجب القيمة بعد ذلك والثاني ان الحرم غير مملوك لاحد فكيف يتصور قوله وقيمة اخرى ضمانا
لمالكه واجيب عن الاول بان قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلاء محمول
على خارج الحرم واما حكم الحرم فبخلافه لانه حرام التعرض بالنص لصيده وعن الثاني بانه على قول من يرى
تملك ارض الحرم وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله **وقوله** وما جف من شجر الحرم بيان
الاستثناء في مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر **وقوله** لا باس بالرعي لان فيه ضرورة يعني
ان الذين يدخلون الحرم للحج او العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت ذه
الضرورة ولنا ما روينا يعني قوله عليه السلام لا يختلى خلاها وانما يعتبر الضرورة فيما
لا يكون فيه نص بخلافه فان قيل النص بالقطع لا في الرعي اجاب بقوله والقطع بالمشافر
كالقطع بالمناجل مشفر كل شيء حرفه ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد به

الزرع **وقوله** وحمل الحشيش يعني سلمنا ان النص في القطع لا في الرعي لكن لا نسلم الضرورة لان حمل
الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة فان قيل ما بال الاذخر يرعيه ولا ضرورة فيه اجاب
بقوله بخلاف الاذخر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه روي ان العباس
رضي الله عنه لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر
يا رسول الله فانها للقبور وبيوتهم فقال عليه السلام الا الاذخر وتاويله انه عليه السلام
كان من قصده ان يستثني الا ان العباس سبقه بذلك او كان وحي اليه ان يرخص فيما
يستثنيه العباس فان قيل على هذا التقرير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا فجاز ان
يخص المرعي بالقياس عليه قلنا الاستثناء ليس بتخصيص ولئن سلمنا كان الاذخر مخصوصا
بالضرورة وقد ذكرنا ان لا ضرورة في المرعي **وقوله** بخلاف الكماة معطوف على قوله بخلاف
الاذخر يعني انها ليست بداخلة في المحرمات لانها ليست من جملة نبات الارض بل هي مودعة
فيها **وقوله** **قال** وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان
كل ما على المفرد فيه دم مما تقدم من الجنايات فعلى القارن فيه دمان دم لحجته ودم لعمرته
وقال الشافعي رحمه الله عليه دم واحد بناء على ان القارن عنده محرم باحرام واحد وعندنا
باحرامين وقد مر ذلك من قبل فان قيل احرام الحج اقوى لكونه فرضا دون العمرة والجمع امران
في ايجاب حكم واحد واحدهما اقوى من الاخر فان الحكم يضاف اليه ويجعل الاضعف كالمعدوم
كما ذكرتم في المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا يجب عليه جزاء واحد لان حرمة الاحرام اقوى فالجواب
ان ذلك الاصل صحيح ولكن ليس اقوى احرام الحج اقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على انفراده
يحرم على المحرم بها جميع ما يحرم باحرام الحج فكانا متساويين فلا يستتبع احدهما الاخر فان **قيل**
فعلى هذا يجب ان يختص وجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف بعرفة فاما بعد الوقوف
بها ففي الجماع يجب دمان وفي سائر المحظورات يجب دم واحد لما ان احرام العمرة انما بقي في حق التحلل
لا غير قلت بعد ذلك وان كان لشيخ الاسلام رحمه الله ذكر مثل ما ذكرت ووجه البعد ان احرام العمرة
بعد الفراغ من افعالها لم يبق الا في حق التحلل خاصة فكان قبل الوقوف وبعده سواء وقوله الا ان يتجاوز
الميقات استثناء من قوله فعليه دمان **وقوله** خلافا لزفر يعني انه يقول عليه دمان لكل احرام
دم كما في سائر المحظورات ولنا ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد الا ترى انه لو احرم للعمرة
عند الميقات ثم احرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جابرا ولا شيء عليه مع انه قارن ايضا وبتاخير
واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل
وقال الشافعي رحمه الله عليهما جزاء واحد لان من اصله ان الاعتبار للمحل وعلى هذا قال الحلال الذي لم
يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل ها هنا واحد ولا يلزمه الا جزاء واحد وقاس بصيد الحرم وحقوق
العباد ولنا ان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا بجناية تفوق الدلالة اما انه يصير جانيا فلان
الفعل الذي لا يقبل التجزيء اذا صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما في القصاص وكما
القتل واما انه جناية تفوق الدلالة فلاتصاله بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا بتلك الجناية
كانت الجناية متعددة وتعددها يوجب تعدد الجزاء لا محالة **وقوله** واذا اشترك حلالان
في قتل صيد الحرم وهو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما تقدم غير مرة واذا باع المحرم الصيد
او ابتاعه فالبيع باطل قال المصنف لان بيعه حيا تعرض للصيد الامن والتعرض للصيد الامن والبيع
باطل لخروجه عن محلية البيع بتحريم الشرع كخروجه عن محلية الذبح لذلك والبيع المضاف الى غير محله

باطل وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة وبيع الميتة باطل لعدم المحل **وقوله** ومن اخرج ظبية من
الحرم حلالا كان او محرما فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاوهن لان الصيد بعد
الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي بقا استحقاقه للامن شرعا فلان الرد الى مامنه
واجب واما ان كل ما اتصف بتلك الصفة صفة تلك تسري الى الاولاد كما في الحرية والرق
والكتابة وغيرها ونوقض بولد المغصوبة فانها واجبة الرد الى مالكها وهذه صفة شرعية ولم يسر
الى ولدها فان زوايد الغصب غير مضمونة والجواب ان الصفة الشرعية تسري الى الاولاد اذا لم يكن
مانع وصفة المغصوبة تمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية ولان تصوره لا يتحقق في الاولاد
لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد لا يتحقق لعدم ثبوت يد عليها بزوال بالغصب والله
اعلم

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

قال صاحب النهاية رحمه الله
لما ذكر باب الجنايات وانواعها اعقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير احرام لان هذا من الجنايات
ايضا الا ان هذا قبل الاحرام وما ذكره من باب الجنايات وما يتبعه بعد الاحرام ومطلق ذكر جناية
المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجناية فكذلك قدمه على هذا الباب
فان **قيل** كان الواجب ان لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شي لان المحرم للاشيا الموجبة
للكفارة هو الاحرام والاحرام غير موجود في ذلك الوقت فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام
ارتكب المنهي عنه وتمكن به في حجه نقصان ونقصانه تجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك في اوانه بالرجوع
الى الميقات ملبيا قبل ان يطوف فاذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق
ولبى بطل عنه دم الوقت وتخصيصه بذات عرق بنا على ظاهر حال الكوفي والا فالرجوع اليه والى
غيره من المواقيت سوا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك
الميقات يحاذي الميقات الاول سقط عنه الدم والا فلا وان لم يرجع اليه لكن لم
يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا ان رجع محرما فلا شي عليه لبى او لم
يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود لان حق الميقات انشا الاحرام
والواجب اليه ليس بشي وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك
المتروك في وقته وذلك قبل الشروع في الافعال وتدارك المتروك في اوانه يسقط الكفارة بخلاف
الافاضة لانه لم يتدارك المتروك لان المتروك هناك استدامة الوقوف الى غروب الشمس بالعود
لم يحصل ذلك على ما مر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في ان التدارك هل يحصل بمجرد
العود او مع التلبية عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات وهو المرور به محرما فانه اذا
احرم من دويرة اهله فان الحرم منها صارت موضع احرامه فتشترط التلبية هناك فان لبى
ثمة ثم سكت عند المرور بالميقات لا شي عليه وليس الكلام فيه وانما الكلام فيما اذا تلخص
بالتاخير الى الميقات فانه يجب قضا حقه بانشا التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة
حتى احرم وراء الميقات ثم عاد فان لبى فقد اتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان
لم يلب فلم يات بجميع ما استحق عليه والخلاف في احرام الحج بعد المجاوزة كالخلاف في احرام
العمرة في جميع ما ذكر **وقوله** ولو عاد بعد ما ابتدا الطواف متصل بقوله وان رجع اليه
ولم يلب حتى دخل مكة وطاف بعمرته وحاصله ان مسئلة العود على ثلاثة اوجه في وجه لا يسقط
بالعود بالاتفاق وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرنا وبيانه ان من دخل مكة يريد الحج او العمرة لا يجوز
له ان يجاوز الميقات بغير احرام فان جاوزها فاما ان يعود اليه او لا فان لم يعد وجب عليه الدم

فان عاد فاما ان يعود قبل الاحرام او بعده فان عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لانه انشا التلبية
الواجبة عند ابتدا الاحرام وان عاد بعده فاما ان يعود بعد ما ابتدا الطواف واستلم الحجر او قبله فان
عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك ينافي
اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار انه مبتدي من الميقات تقديرا وما وقع
منه شوط معتد به لا يتصور كونه مبتديا وظهر لك مما ذكرنا ان قوله واستلم الحجر لبيان ان
المعتبر في ذلك الشوط وان عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور **وقوله** فان دخل البستان
وقوله التحق باهله يعني سوا نوى مدة الاقامة او لم ينو في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف انه شرط نية الاقامة خمسة عشر يوما **قوله** وقد مر من قبل اراد به ما ذكره في فصل
المواقيت بقوله ومن كان داخل المواقيت فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت والحرم **وقوله**
ومن دخل مكة بغير احرام معناه من دخل مكة بغير احرام فلزمه حجة او عمرة ثم خرج من عامه ذلك
وحج حجة الاسلام او حجة او عمرة فانها تنوب عما وجب عليه بدخول مكة بغير احرام وقال زفر
لا تجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج
حجة الاسلام فانه لا يسقط بها المنذورة فكذلك ها هنا والجامع ان كل واحد منهما بسبب غير
سبب الاخرى فان ما وجب عليه بالنذر في ان الشروع يلزم كالنذر فكما لا يتادى المنذورة
بحجة الاسلام فكذا المشروع فيها وصار ذلك كما اذا تحولت السنة ثم حج بحجة الاسلام فانه
لا يقوم مقام ما لزمه بدخول مكة بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته
بفوت الحج ولا يتادى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم
رمضان من سنته بدون قضاء في العام الثاني فان قيل سلمنا ان الحجة بتحول السنة يصير
دينا ولكن لا نسلم ان العمرة دين لعدم توقته بوقت معين فينبغي ان يسقط العمرة
الواجبة بدخول مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما يسقط في السنة
الاولى اجيب بان تاخير العمرة الى ايام النحر والتشريق مكروه فاذا اخرها الى وقت
مكروه صار كالفوات لها فصارت دينا **قال** ومن جاوز الميقات بغير احرام ذكر
في هذه المسئلة ثلاثة احكام المضي فيها وقضاؤها باحرام من الميقات وسقوط الدم اما
المضي فلان الاحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا باداء الافعال واما
القضا فلانه التزم الادا على وجه الصحة ولم يفعل واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها
باحرام من الميقات يجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة بغير احرام فيسقط عنه
الدم كمن سهى في صلاته ثم افسدها فقضاها سقط سجود السهو وقال زفر لا يسقط
عنه الدم وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم
فقاته الحج ثم قضاها فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر ونظير الاختلاف
فيمن جاوز الميقات بغير احرام واحرم بالحج ثم افسده بالجماع قبل الوقوف
بعرفة ثم قضاها فان دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافا لزفر قال لان الدم بمجاوزة
الميقات ابتدا فيتقدم به المعنى الذي لاجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير احرام كما لا
عبرة من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه **وقوله** واذا احرم خرج
المكي من الحرم الى الحرم ظاهر

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

اضافة الاحرام الى الاحرام في حق المكي ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى

بعدهم

احرام الحج في حق الآفاقي بخلاف اضافة احرام الحج الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية
ذكرها عقيب معنى الجنايات وباعتبار عدم جعله في باب على حدة قال ابو حنيفة
رحمه الله اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه
دم وعليه حجة وعمرة قيد بالمكي لان الآفاقي اذا اهل بالعمرة اولا فطاف لها شوطا ثم اهل
بالحج مضافا فيها ولا يرفض الحج لان بنا اعمال الحج على اعمال العمرة صحيح في حق الآفاقي لانه لو
طاف لها اقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها الاكثر كان متمتعا الا ان المتمتع من يحرم
بالحج بعد عمل العمرة والاكثر الطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان المكي
اذا اهل بالحج فطاف له شوطا ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرامه للحج قد تأكد وقبل
الشوط كان يوم يرفضها فبعده اولى وقيد بالشوط يعني الواحد لانه اذا كان طاف لها اربعة
اشواط لا خلاف في رفض الحج واما في الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الاسلام بوجود
الخلاف الذي ذكر اذا طاف لها شوطا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة احب
الينا رفضها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما بناء على ما تقدم ان الجمع بين الحج والعمرة في
حق المكي غير مشروع فلا بد من رفض احدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع والعمرة
اولى بالرفض لانها ادنى حالا لكونها فرضا دونها واقل اعمالا لان اعمالها الطواف والسعي لا غير
وايسر قضاء لكونها غير موقتة هذا اذا كان الحج فرضا واما اذا كان تطوعا فيعمل بالوجهين الآخرين
وقوله وكذا اذا احرم يعني رفض العمرة احب لكن هذا بالاتفاق لما قلنا يعني من الامور الثلاثة
وفي عبارته تسامح لانه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو ملبس لا محالة وقوله
فان طاف للعمرة اربعة اشواط اظهر مما ذكرناه آنفا وقوله ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من
ذلك عند ابي حنيفة بحذف كلمة لا من قوله وكذا كتبها صاحب النهاية رحمه الله ذكر الامام
مولانا حسام الدين الاخسيكثي رحمه الله والصواب وكذلك يعني النسخة الاخيرة قال وهكذا
ايضا وجدته بخط شيخي ولكل واحد من هذه النسخ وجه اما وجه الاولى والثالثة فظاهر
واما وجه الثانية فهو انه لدفع سؤال السائل وهو ان يقال لما اخذ الاكثر حكم الكل يكون الاقل
معدوما حكما فينبغي ان يرفض العمرة عند ابي حنيفة حينئذ لانه لم يأخذ حكم الموجود فصار كانه
لم يطف للعمرة شيئا وهناك يرفض العمرة تمام فكذلك في المعدوم الحكمي فقال ليس كذلك فانه لما اتى
بشيء من افعال العمرة فقد تأكدت العمرة ولم يتأكد الحج اصلا فكان رفع غير المتأكد اسهل وهذا
هو احد الوجهين المذكورين في الكتاب من جانبه والوجه الآخر هو ما ذكره بقوله ولان في رفض العمرة
العمرة والحالة هذه يعني والحال انه اتى بشيء من افعال العمرة ابطال العمل اي الطواف الذي اتى
به وفي رفض الحج امتناع عنه والامتناع اهون من ابطال ما وقع معتدا به وقوله
وعليه دم بالرفض اي ايهما رفضه يعني الحج عنده والعمرة عندهما لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي
فيه فيكون الجمع بينهما غير مشروع فكان في معنى المحصر وعلى المحصر دم للتحلل ولكون الدم دم جبر
لا دم شكر على ما يأتي فان قيل هلا لزمه دمان لحرمة كل واحد من الاحرامين دم واجب
بانه غير ممنوع عن احدهما فالانفصال بحيث ما تمكن وانما تمكن في احدهما فكذلك لزمه دم
واحد الا ان في رفض العمرة قضاها لا غير وفي رفض الحج قضاه وعمرة اما الحج فلانه صح شروعه
فيه ثم رفضه واما العمرة فلانه في معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بافعال العمرة بالحديث
وقد تعذر التحلل بافعالها هاهنا لانه في العمرة والجمع بين العمرتين منهي فيجب عليه قضاء الحج

والعمرة جميعا وان مضى عليهما يعني اذا لم يرفض المكي ومضى بمعناه العمرة او الحج وانما مضى عليهما
واداهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما اي عن احرام واحرام العمرة جميعا
قال صاحب النهاية وفي نسخة شيخي بخطه منهي عنها اي عن العمرة اذ هي المتعينة للرفض اجماعا
فيما اذا لم يشتغل بطواف الحج والكلام فيه لانها هي الداخلة في وقت الحج وبسببها وقع
العصيان وقوله والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا ان النهي يقتضي المشروعية
فكان التناقض في كلامه واجيب بانه اراد بقوله غير مشروع ثم ذكرها هنا انه لا يمنع
كاملا كما في حق الآفاقي وبه يندفع التناقض وقوله وعليه دم واضح قال
ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى اعلم ان اضافة الاحرام الى الاحرام اربعة
اقسام بالقسمة العقلية ادخال احرام الحج على ادخال العمرة وادخال احرام الحج على احرام
الحج وادخال احرام العمرة على احرام العمرة وادخال احرام العمرة على احرام الحج وادخال احرام
الحج على احرام العمرة لا تنافيهما في الكيفية وكمية الافعال والاصل في ذلك ان الجمع بين احرامي
الحج واحرامي العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن
محمد والشافعي رحمهما الله يلزمه احدهما ولا كلام هاهنا مع الشافعي بناء على ان الاحرام عنده
ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين وعندنا شرط للاداء لكن محمد يقول هو وان كان شرطا
للاداء الا انه ما شرع الا للاداء فلا يتحقق الا على الوجه الذي يتصور فيه الاداء واداء حجتين
او عمرتين معا غير متصور فلا يتصور الاحرام لهما كتحريمة الصلاة وهما يقولان الاحرام بالحج
التزام محض في الذمة بدليل انه يصح منفصلا عن الاداء والذمة تسع حججا كثيرة فصار من
هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة للصلاة لانها لا تصح منفصلة عن الاداء الا انه لا بد له من رفض
احدهما اما احترازا عن ارتكاب المنهي عنه واما لان البقاء للاداء لا للالتزام والجمع اداء غير متصور
فبعد هذا قال ابو حنيفة اذا توجه الى اداء احدهما صار رافضا للاخرى وقال ابو يوسف كما فرغ
من الاحرامين يصير رافضا احدهما وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا قتل صيدا قبل ان يتوجه
الى احدهما فانه على قول ابي حنيفة يلزمه قيمتان وعلى قول ابي يوسف يلزمه قيمة واحدة وكذلك
اذا احصر في هذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف رحمهما
الله اذا عرف هذا نعود الى تطبيق ما في الكتاب على هذا الاصل فاذا احرم بالحج ثم احرم يوم النحر
بحجة اخرى ان حلق في الحجة الاولى ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى لزمته الاخرى
لما ذكرنا انه التزام محض ولا شيء عليه لان الاولى قد انتهت نهايتها وان لم يحلق
في الاولى واحرم بحجة اخرى صار جامعا بين احرامي الحج فبعد ذلك اما ان يحلق للاولى
في هذه السنة او يؤخر الحلق الى السنة الثانية فان حلق فقد اخر الحلق بحلال عن
الاولى لكن جنى على الثانية بالحلق وان اخر فقد اخر الحلق في الاولى عن وقته والتأخير
عن الوقت مضمون في قول ابي حنيفة ولهذا قال في الكتاب وعليه قصر او لم يقصر
اي حلق او لم يحلق وانما عبر عنه بالتقصير لان وضع المسألة في قوله ومن احرم بالحج
ثم احرم يتناول الذكر والانثى فذكر لا لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما ان الافضل في حق
الرجال الحلق وفي حق النساء التقصير وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج او
احرامي العمرة بدعة الى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح بعد التأمل فيما سبق لكن يرد
عليه شيء وهو ان المذكور من مذهب محمد في هذا الاصل انه اذا جمع بين احرامين انما يلزمه

احدهما وهو المروي عن الامام التمرتاشي والفوايد الظهيريه وحين اذ ينبغي ان يلزمه دم وان قصر لعدم لزوم الاخر فاما ان يكون سهوا في نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبهما واما ان يكون عنه في ذلك روايتان ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم لعمرة اخرى اخرى فعليه دم بالاتفاق لاحرامه قبل الوقت لان وقته بعد الحلق للاول ولم يوجد لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة لا يحل التناول منه وهذه المسله من خواص الجامع الصغير بين فيها لزوم ذلك دم للجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد رحمه الله عن بيان وجوبه للجمع بين احرامي الحج في الجامع الصغير واوجبه في مناسك المبسوط فقال بعض مشايخنا في ذلك روايتان واما وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة فلذلك روايه واحدة وهذه المسله ايضا تدل على ان مذهب محمد في لزوم الاخر لمذهبهما والا لما لزم عنده شي لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم احدهما الا اذا اراد بالجمع ادخال الاحرام الى الاحرام وان لم يلزم الا احدهما فيستقيم **وقوله** ومن اهل بالحج اي رفع صوته بالتلبيه ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسله فيه فيصير بذلك قارنا لانه قرن بين النسكين لكنه اخطا السنه فيصير مسيا لان السنه ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج اخر الغايتين لكن لما لم يود الحاج صح لان الترتيب وجد في الافعال وان فات في الاحرام فعليه تقديم افعال العمرة على افعال العمرة على افعال الحج حتى لو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة كان رافضا لعمرته لانه تعذر عليه اداوها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة بل المشروع هو ان تكون افعال الحج مبنية على افعال العمرة **وقوله** مبنيه نصب على الحال قال في النهايه والعامل فيها معنى الاشارة في هي كذا كانت مقيده بقيد نجي وفيه نظر فانه توجه اليها لم يكن رافضا حتى لو بدا له فرجع من الطريق الى مكة فطاف لعمرته وسعى ثم وقف بعرفات كان قارنا وقد ذكرناه من قبل يعني في احراب القران حيث قال ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة الى اخره فان طاف للحج يعني طواف التحيه ثم احرم بعمرة فمضى عليهما وتفسير المضي ان يقدم افعال العمرة على افعال الحج كما هو المسنون في القران لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر يعني قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي فصح احرامه بهما فكلامه ظاهر **وقوله** هو الصحيح احترازا عما اختاره شمس الايمة وقاضي خان والامام المحبوبي ان ذلك دم القران فيكون دم شكر وذكر الامام فخر الاسلام مثل ما ذكر في الكتاب لانه اخطا السنه في بنا افعال العمرة على افعال الحج من وجه فكان كقران المكي **وقوله** ويستحب ظاهر **وقوله** ومن اهل بعمرة في يوم النحر قبل الحلق او قبل طواف الزيارة لان حكم من اهل بها بعد ما حل من الحج بالحلق ياتي ذكره كذا في النهايه والظاهر الاطلاق على ما ذكر **وقوله** لزمته لما قلنا يريد قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي **وقوله** برفضها لو امضاها يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج وهو الوقوف فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه **وقوله** وقد كره العمرة واخر في لزوم الرفض على ما نذكر اشارة الى ما يذكر في باب الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جايزة في جميع السنه الا خمسة ايام يكره فعلها **وقوله** وعمرة مكانها اي قضا للمرفوضة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق بين هذه المسله وبين الشروع في الصوم في يوم النحر حيث لا يلزمه القضا اذا افسده وهنا يلزم اجيب بان مجرد الشروع في

الصوم

الصوم فيه تحصل المعصية وهو ترك اجابة ضيافة الله فيومر بالافطار ولا يلزمه القضا واما مجرد الاحرام للعمرة في هذه الايام فلا يحصل الا المعصية اذا افعالها في هذه الايام فيلزمه القضا لصحة الشروع وان مضى عليها اي على العمرة التي احرم لها يوم النحر وفي بعض النسخ عليهما اي على الحج والعمرة اجزاه ودليله ظاهر **وقوله** وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام يعني ان كان احرام العمرة قبل التحلل بالحلق او في الاعمال الباقيه يعني اذا كان بعد الحلق كما قال صاحب النهايه لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا حاجة الى قوله او في الاعمال لا سيما وقد ذكر بكلمة او وكذا قوله وقيل اذا احلق يعني لان كلا معناه يلزمه الرفض مطلقا وقيل اذا احلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل قال الامام فخر الاسلام لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير وجوابه في الاصل يشتبه ظاهر ذلك انه لا يرفضها وقيل يرفضها احترازا عن المنهي يعني النهي عن العمرة في هذه الايام كما ذكرنا قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا اي على هذا القول وهو رفض العمرة ومعنى ظاهر ما ذكر في الاصل انه لا يرفضها اي لا ترفض من غير رفض **وقوله** قال فان فاته الحج يعني قلت الحج ويوم من فاته الوقوف بعرفة اذا احرم بعمرة او حجة فانه يرفض التي احرم بها اما اذا كانت عمرة فلان فايت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله وفايدته تظهر في حق لزوم الرفض اذا احرم بحجة اخرى فعندهما يرفضها كيلا يصير جامعا بين احرامي الحج وعند ابي يوسف لا يرفضها بل يمضي فيها **وقوله** على ما يانيك اراد به قوله لان فايت الحج يتحلل بافعال العمرة لا قوله من غير ان ينقلب احرامه لاحرام العمرة لان هذا غير مذكور هناك **وقوله** فيصير جامعا اي فايت الحج الذي احرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين فعلا فيجب ان يرفض العمرة التي احرم بها كما لو احرم بعمرتين واما اذا كانت حجة فانه يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاوها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

لما كان الاحصار جناية على المحرم اعقبه باب الجنايات بباب على حدة تقول العرب احصره اذا منعه خوف او مرض من الوصول الى تمام حجته او عمرته واذا حبسه سلطان او قاهر مانع يقولون حصره فالمحرم محصور ممنوع عن المضي الى تمام افعال ما احرم لاجله فاذا احصره عدو او مرض يمنع من المضي جاز له التحلل والشافعي رحمه الله حصر الاحصار في العدو وقال المريض ليس له ان يتحلل الا ان يكون شرط ذلك عند احرامه ولكنه يصبر الى ان يبرا لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر ليحصل النجاة بالاحلال لا يكون الا من العدو ولان ما به من المرض لا يزول بالتحلل بخلاف المحصر بالعدو فان ما ابتلي به يزول بالتحلل لانه يرجع الى اهله فيندفع عنه شر عدوه ولنا ان الاية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو واذا وردت فيه كانت دلالة على الاحصار بالمرض قوي وفيه بحث من وجهين الاول كان من حق الكلام ان يقول باجماع اهل التفسير لان اهل اللغة لا تعلق لهم بورود الايه وسبب نزولها الثاني انها نزلت في رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول ان معناه بدلالة اجماع اهل اللغة اجمعوا على معنى دل ذلك المعنى ان تكون الاية واردة في الاحصار بمرض وعن الثاني بما قيل النصوص الواردة مطلقة يعمل بها على اطلاقها من

غير حمل على الاسباب الواردة هي لاجلها **وقوله** والتحلل قبلها وانه اسند لا لما بعقول فيه شابه
التنزيل كانه قال سلمنا ان اية الاحصار وردت في الحصر بالعدو ولا فرق بين الاحصار والحصر لكن المرض
ملحق به بالدلالة لان التحلل قبل اوانه لدفع الحرج الانحصر قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار
على الاحرام مع المرض اعظم لا محالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراه الى ما هو جناية على الاحرام **وقوله**
فاذا جاز التحلل يعني اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد
من تبعثه بيوم بعينه تذبح فيه ثم تحلل وهذا على قول ابي حنيفة رحمه الله لان دم الاحصار عنده
غير موقت فيحتاج الى المواعدة فيه وانما يحتاج اليها في العمرة فاذا بعث فهو بالخيار ان شاء اقام مكانه
وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب تخير بين المقام والانصراف قال في النهاية انما قيد بقوله
تذبح فيه ثم تحلل لانه اذا ظن المحصر به ذبح هديه ففعل ما يفعل الحلال ثم ظهر انه لم يذبح كان عليه ما على الذي
ارتكب محظورات احرامه لبقاء احرامه كذا ذكره الامام قاضي خان وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار
قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او في مكان على ما مر ودم الاحصار لا يعرف قربة بدون احدهما
فلا يقع به التحلل وقد عين الشارع المكان باشارة قوله ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي
اسم لما يهدى الى الحرم والمحل بكسر الحاء عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدي موضع حله
ثم فسر المحل بقوله ثم محلها الى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لانه لا اراقة فيه الدماء فكان المراد
به الحرم وهذا واضح وقال الشافعي لا يتوقت بالحرم لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا
المراعى اصل التخفيف لا نهايته ولهذا لم يستحق التخفيف متى لم يجد الهدي بل يبقى محرما ابدا ولا نهايته لو
كانت مراعاة لتحلل في الحال كما قال مالك وليس كذلك باتفاق بيننا وبينه **وقوله** ويجوز الشاة ظاهر
وذكر في المحيط انه اذا كان معسرا لا يجد قيمة الشاة اقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج ه
وقوله وقال ابو يوسف عليه ذلك اي الحلق ولو لم يفعل لا شيء عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم
حلق عام الحديبية وامر اصحابه بذلك قال فان قيل هذا الذي ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لا
لما ان مجرد قوله فعل النبي صلى الله عليه وسلم في الذي لا يعقل قربة دليل الوجوب فكيف اذا امر غيره
بذلك وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه فاين دليله **اجيب** بان هذه
المسئلة عن ابي يوسف فيها روايتان في رواية يجوز وفي اخرى واجب والمصنف اورد دليل
رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل ابي حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها **وقوله**
ولهما ان الحلق انما عرف قربة يعني ان كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما
ورد فيه النص من الاوصاف ومن جملتها كونه مرتبا على افعال الحج فلا يكون في غير المرتب قربة
واما حلق النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على الانصراف
فيامنوا جانبهم ولا يشتغلوا بكيد اخرى بعد الصلح وان كان المحصر قارنا بعث بدمين لاحتياجه
الى التحلل عن احرامين في حالة واحدة ولما روي ان عائشة رضي الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان معه
هدي فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا والهدي الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون لما ان
يتحلل الصلاة فان قيل دم الاحصار قائم مقام الحلق في التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الاحرامين
فما باله لا يتحلل عنهما بهدي واحد **اجيب** بجوابين احدهما ان الحلق في الاصل محظور
الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل كان قربة لمعنى في غيره كالوضوء للصلاة فينوب الواحد
عن الاثنين كافعال الصلاة والثاني ان الحلق محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل فلا تكرر

فلا يحلوا

فلا يحلوا اما ان كان التحلل واقعا بالاول وبالثاني فان وقع بالاول كان الثاني لغوا وان وقع الثاني
كان الاول جناية واما الذبح فليس بمحظور في الجملة **وقوله** ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم
انما اعاد هذه المسئلة ليجعلها توطية لقوله ويجوز ذبحه قبل النحر زيادة في بيان ان دم الاحصار
يوم صح
اعرق في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه اصحابنا من اختصاصه بالزمان لانه مختلف فيه
وقوله اعتبارا بهدي المتعة والقران تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر واما
قوله ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء فبالاتفاق فلا يحتاج الى تعليل وربما يعتبر انه بالحلق اذ كل واحد
منهما محلل فكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح **وقوله** ولابي حنيفة ظاهر **وقوله**
بخلاف دم المتعة والقران جواب عن اعتبارهما صورة النزاع بهما لانهما اي دم المتعة والقران دم
نسك وما هو دم نسك يختص بالزمان كذا هذا وقوله وبخلاف الحلق جواب عن اعتبارهما الاخر وبيانه
ان التحلل على نوعين تحلل في اوانه وهو الذي يترتب على افعال ما احرم لاجله وتحلل قبل اوانه
وهو ما ليس كذلك والاول لا بد له من التوقيت بيوم النحر لان الركن الاصلي هو الوقوف بعرفة
وهو يترتب به اي يتوقت الحلق لان وقته يبتدئ من طلوع الفجر من يوم النحر فلا بد ان يقع الحلق في يوم
النحر واما الثاني فانه لا يتوقف على اداء الافعال فيجوز تقديمه لعدم الضرورة الداعية الى التوقيت
بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني فكان قياسه على الاول قياسا مع وجود فارق وهو باطل قال
صاحب الاسرار قال الله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي من غير اشتراط زمانه ه
فاشتراطه بالقياس نسخ **قال** والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة والمحصر بالحج اذا تحلل
فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والحديث عام في الذي فاته
الحج بفوات وقت الوقوف وبفواته بالاحصار لانه كلاهما فاته عرفة قلنا بوجوب العمرة والحجة
فانها تجب قضاء لصحة الشروع فيها فان قيل العمرة في فائت الحج للتحلل والتحلل هاهنا حصل بالهدي
فلا حاجة الى ايجاب العمرة قلنا هذا راي في مقابلة النص لما روى سالم عن ابن عمر رضي الله عنه انه
كان يقول حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم اي حبس احدكم عن البيت طاف بالبيت
وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاما قابلا **وقوله** وعلى المحصر بالعمرة القضاء لعل
الاحصار عن العمرة متصور وقال مالك هو غير متحقق في العمرة لانها لا تتوقت ولنا ان النبي
صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية فقضوها من قابل وكانوا عمارا
بالعمرة صح
صح في كتب الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه احصروا بالحديبية فقضوها
من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل شرع لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا
تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج وواحدة منهما فلما بينا
يعني في المفرد من كونه بمعنى فائت الحج واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها **وقوله**
فان بعث القارن هديا قال صاحب النهاية ذكر القارن هاهنا وقع غلطا ظاهرا من الناسخ ه
فالصواب ان يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط من وجهين احدهما انه ذكر فان بعث القارن
هديا ويجب على القارن بعث الهديين فانه لا يتحلل بالواحد لانه ذكر قبل هذا في هذا الباب
فان كان قارنا بعث بدمين والثاني ان المصنف جمع بين روايتي القدوري والجامع الصغير
وهذه المسئلة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج وقوله لما كان كلام المصنف قبل
هذا في القارن لم يرد ذلك النظر فقال فان بعث القارن هديا والهدي اسم لما يهدى الى الحرم

سواكان ذلك دمين او دما واحدا او ثوبا وكان ذكران الواجب عليه دمان وهما هدي
القارن فكانه قال فان بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غالط
في الكلام ولا من سهو بل هي بالوقال فان بعث المحصر كان ملبسا في حق القارن ولو قال هديين
كان غير فصيح لانه اسم لجنس ما يهدى فلا يثنى الا اذا قصد الانواع وليس بمقصود والعدد
وذلك معلوم بما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم
بعينه ثم زال الاحصار ثم انها هنا وجوه اربعة بحسب القسمة العقلية لانه اما ان لا يدرك
الحج والهدي او يدركهما او يدرك الهدي دون الحج او بالعكس والكل مذكور في الكتاب ففي الوجه
الاول لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو ادا الافعال
وان توجه ليتحلل بافعال العمرة فله ذلك لانه فايت الحج فان قيل اذا كان في معنى فايت الحج وجب
ان يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعي حتما كفايت الحج اجيب بان الطواف والسعي
في حق فايت الحج غير مقصود بعينه ولكن المقصود هو التحلل وهذا المقصود يحصل له بالهدي
الذي بعثه لتحز عنه فله ان يقتصر بذلك ثم يقضي العمرة وله ان يتوجه ليلا يلزمه قضا العمرة
وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف كالتكفير بالصوم اذا
ايسر قبل اتمام الكفارة به واذا ادرك هديه صنع به ما شا لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود
واستغنى عنه وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفي الوجه الرابع جاز له التحلل وهذا
القسم يعني الوجه الرابع لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح **وقوله**
وحرمة المال كحرمة النفس يعني كما ان خوف النفس كان عذرا له في التحلل فكذلك الخوف على
ماله لكن الافضل ان يتوجه فان قلت هذا الذي ذكره المصنف ان حرمة المال كحرمة
النفس مخالف لما قال فخر الاسلام والاصوليون ان حرمة النفس فوق حرمة المال لجاز ان
يكون وقاية للنفس فاذا اكره بالقتل على اتلاف مال غيره جاز الاقدام عليه فالجواب ان حرمة
النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك مبتذل فالحق بها بل المالك المبتذل ولكن حرمة
المال شبه حرمة النفس من حيث كون اتلافه ظلما لقيام عصمة صاحبه فيه والى
هذا اشار المصنف بكاف التشبيه **وقوله** وله الخيار يعني على وجه الاستحسان لما جاز
له التحلل كان له الخيار ان شا صبر الى ان يتحز عنه الهدي في الميعاد فيتحلل وان شا توجه
لادا النسك لزوال العجز وهو افضل لانه اقرب الى الوفا بما وعد ومن وقف بعرفة ثم
احصر لا يكون محصرا لان حكم الاحصار خوف الفوات وقد وقع الامن عنه لقوله صلى الله عليه
وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم عن النسا حتى يطوف طواف الزيارة وعليه عند
ابي حنيفة اربعة دما دم لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك رمي الجمار ودم لتاخير
الطواف ودم لتاخير الحلق وعندهما ليس لتاخير الطواف والحلق شي فان قيل
قد تقدم ان ازدياد مدة الاحرام يثبت حكم الاحصار كما في احصار العمرة وها هنا قد
زادت فليثبت حكمه اجيب بانه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النسا وان كان يلزمه
بعض الدما فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل **وقوله** ومن احصر بمكة ظاهر **وقوله** فلما بينا
يعني قوله ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا **وقوله** وفيه قيل هذه المسئلة
يعني قوله ومن احصر بمكة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو ما ذكر عن
ابن الجعد عن ابي يوسف رحمهما الله قال سالت ابا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم فقال لا

يكون

يكون محصرا فقلت اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة
يومئذ كانت دار الحرب فاما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال ابو يوسف
واما انا فاقول اذا غلب العدو على مكة حتى حال بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف
والصحيح من الرواية ان الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق اصحابنا
واذا قدر على احدهما لا يكون محصرا وهو معنى قوله ما علمت من التفصيل والله الموفق

باب الفوات

معنى الاحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب لان
الاحصار احرام بلا ادا وفي الفوات احرام وادا فلاجرم اثر تاخيره قوله ومن احرم بالحج
وفاته الوقوف ظاهر وقوله ولان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا اي نافذا لازما لا يرتفع
برافع فهو احتراز عن احرام الرقيق بغير اذن المولى واحرام المراة في التطوع بغير اذن الزوج
فان للمولى والزوج ان يحللاهما وليس باحتراز عن الاحرام الفاسد كما اذا جامع المحرم قبل
الوقوف بعرفة او احرم مجامعا فان حكمه حكم الصحيح **وقوله** لا طريق للخروج عنه الا
بادا احد النسكين منقوض بالمحرم فان الهدي طريق له للخروج عنه كما تقدم واجيب
بانه بحث الكلام على ما هو الوضع ومسئلة الاحصار من العوارض يثبت بالنص **وقوله**
كما في الاحرام المبهم اي المبهم من النسكين الحجة والعمرة بان ابهم في الاحرام وقال لبيك
اللهم لبيك ولم يعين لا حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيا فانه يصح احرامه ولا يخرج عنه
الا بادا احد النسكين لكنه يتعين في المنيقن وهو العمرة لانها اقل افعالا وايسر مونة
وها هنا عجز عن الحج لفوات ركنه الاعظم فتعين عليه العمرة فكانت المناسبة بين الاحرام
المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الاحرام بافعال العمرة وقوله ولا دم عليه يعني عندنا
خلافا للشافعي فانه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر وقلنا التحلل وقع بافعال العمرة فكان
في حق فايت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس احدهما على الاخر لان كل واحد
منهما قادر وعاجز عليهما يتحز عنه الاخر وعما يقدر عليه **وقوله** والعمرة لا تفوت اي لانها
غير موقتة وهي جايزة في جميع السنة تدل على جوازها في اشهر الحج وقد اختلف السلف في ذلك
وكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها ويقول الحج في الاشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم
والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه اعتمر في ذي القعدة الا ربع عمر الا الذي اعتمر مع حجته واما كراهتها في
الايام الخمسة فهي مذهبنا وقال الشافعي لا يكره وما ذكره في ظاهر الكتاب ظاهر وقوله
والاظهر من المذهب ما ذكرناه يعني كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده **وقوله**
والعمرة سنة اي سنة موكدة **وقوله** فلانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها
كما في فايت الحج وهذه امارة النفلية استشكل بالايمان وصلاة الجنازة فانهما فرضان وليسا
بموقتين وبالصوم فانه يتادى بنية غيره وهو فرض واجيب بانا قد قلنا ان كلا منهما هو
غير موقت ونعني بذلك ما هو غير موقت بوقت معين من الوقت العمرة اذا وقع فيه
انتفى الفرضية والايمان فرض دايم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة موقتة بوقت حضورها
وان الكلام فيما يكون غير موقت وصوم رمضان ليس كذلك واقول منشا هذا الاستشكال
الذهول عن كلام المصنف فانه جعل مجموع قوله لانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية
غيرها امارة واحدة واشار الى ذلك بقوله وهذه امارة النفلية وحينئذ لا يرد عليه ذلك

اما الايمان فلانه لاعبرة بنيته بنادي بنيته اذ هو لا يتنوع الى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة
واما صوم رمضان فلانه موقت بوقت معين زيادة دليل مادونا بقي قوله
عليه السلام العمرة فريضة مقدرة باعمال كالحج اولا نثبت الفرضية مع التعارض في الاثار
فانما روي يدل على الفرضية وما روينا على كونها سنة واذا تعارضت الاثار لا تثبت الفرضية
لانها لا تثبت الا بدليل مقطوع به فان قيل هو ثابت بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله عطف
العمرة على الحج والحج فريضة وامر بالاتمام والامر للوجوب اجيب بان القران في النظم لا
يوجب القران في الحكم والامر انما هو بالاتمام والاتمام انما يكون بعد الشروع ونحن نقول به
وان كانت في الابتداء سنة قوله وهي الطواف والسعي ظاهر باب الحج عن
الغير لما كان الاصل في التصرفات ان يتبع عمن يصدر عنه كان الحج عن الغير خليقا بان يوخر في باب
على حدة واعلم بان من صلى او صام او تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند اهل السنة وقال
بعض اهل العلم لا يجوز لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وهذا ليس من سعيه ولان
الثواب هو الجنة وليس لاحد تمليكها لغيره لانه ليس مالكا لها وقلنا لما جعل سعيه للغير
صار سعيه كسعي الغير وله ولاية ان يصير ساعيا لغيره وان يجعل استحقاقه للجنة لغيره واذا
ظهر هذا فقوله الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله اشارة الى ان ثواب الحج للامر
يجعل المامور كذلك واما نفس الحج هل يتبع عن الامر او عن المامور فذكر بعد هذا ما هو ظاهر الرواية
ما هو ظاهر الرواية وغيره وقوله كبشين املحين يقال كبش املح فيه ملحة وهي بياض يشقه
شعرات سود وهي لون الملح وكلامه واضح وقوله في حالتي الاختيار والضرورة اي حالتي
الصحة والمرض لحصول المقصود وهو انتقال النفع الى الفقراء وقوله لا يجري فيه اي بفعل
النائب وقوله وهي المشقة بتنقيص المال يعني ان المرء كما يلحقه المشقة عند فعله بنفسه يلحقه
ايضا عند فعل غيره اذا كان بماله والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وما هو كذلك
لا يتعين بوقت معين وكلتا المقدمتين ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت معين فان لم يكن العجز دايما وقد
احج عن نفسه ثم زال عنه الحج كان قادرا على اصله في وقته وذلك يبطل النيابة فان قيل القدرة
على الاصل يبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل المقصود بالخلف وقد حصل لنا وهو
حصول المشقة بتنقيص المال فالجواب انا لو سلمنا في هذه المسئلة مسلك الاصل والخلف
وانما قلنا بان الحج مركب من امرين احدهما يحتمل النيابة والاخر لا يحتملها فعملنا باحدهما
عند القدرة فلم نجز النيابة وبالاخر عند العجز فجوزناها لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر
ان يكون العجز دايما للامر واعترض بان كونه وظيفة العمر لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم
لتخلفه عنه فانه شرط لجواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة العمر والجواب
ان الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس وكلما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ولا يلزم ان كلما
يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر وقوله وفي الحج النفل تجوز الانابة ظاهر ثم ظاهر
المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه يعني الامر وبذلك يشهد الاخبار الواردة في هذا الباب فانه
عليه السلام قال للخثعمية حين قالت ان ابي شيخ كبير لا يستطيع ان يستمسك على الراحلة فيجزيني
ان احج عنه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج يعني المامور وللامر ثواب النفقة
وصار انفاق المامور كانفاق الامر بنفسه ولكن يسقط اصل الحج عن الامر لانه عبادة بدنية حصل
العجز عن فعله ولما كان كذلك قام الانفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني فانه لما عجز عن الصوم

اب

قام الفدية مقام الصوم فان قيل الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس ولا يقاس عليها غيرها فالجواب
انه يلحق بها بطريق الدلالة فان الانفاق اذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلان يقوم
ما هو مركب من البدني والمالي اولى قال شيخ الاسلام والى هذا القول مال عامة المتاخرين قال
رحمه الله ومن امر رجلان صورة المسئلة ظاهرة وذهب الشارحون الى ان الدليل غير مطابق للمدلول
قوله اي الحجة عن الحاج بضمن النفقة ودليله لان الحج يقع عن الامر ولا مطابقة بينهما تركي ثم
قال صاحب النهاية ويكون هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لانهما خالفا
وانما لا يضمن النفقة اذا وافق امر الامر لان الحج حينئذ يقع عن الامر حتى لا يخرج عن حجة الاسلام وههنا لما
خالف فلا يقع الحج عن الامر بل يقع عن المامور فكان هذا التعليل تعليلا لما اذا وقع الحج عن الامر وهو في صورة
عدم مخالفة المامور للامر وتابعه على ذلك بعض الشارحين ولا اطال ذلك مقصود المصنف لانه قال
بعد هذا ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الامر الى حج نفسه فلو كان ذلك مراده كان
هذا مستدركا وقال بعضهم زل فيه اقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا لا مطابقة بين
الدليل والمدلول ولا يوافق التعليل المدعي وقيل بتغيير الكلام كما نقلنا ثم قال فاقول ليس الامر كما ظنوا
ولو سكتوا عن هذا الموضع كان اولى لان المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول بان يقال يقع عن الحاج اي الحجة
تقع عن الحاج وهو المامور ويضمن النفقة لكل واحد منهما ان انفق من مالهما لان الحج المودي في هذه يقع عن
الامر من وجه بدليل ان الحاج لا يخرج عن حجة الاسلام ولكن كل واحد من الامرين امر بان يخلص له الحج
ولم يامر بالاشتراك فلا يقع عنهما جميعا خالف الامر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة هذا
كلامه ولا مزيد على الحكاية فليتامل فيه فاقول بتوفيق الله في تقرير كلامه الحج يقع عن الامر على ظاهر الرواية
حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن ههنا ايقاعه عن الامر لان الامر شخصان كل منهما امره ان يخلص
الحج له من غير اشتراك وليس احدهما اولى من الاخر فلا يقع عنهما ولا عن احدهما فيقع عن المامور ولكن في كلامه
اغلاق كما لا يخفى وهذا تعليل لقوله عن الحاج اما تعليل قوله ويضمن النفقة فمذكور بعد هذا
فان قيل اذا وقع عن الحاج فليحصل عن ابيهما شيا كما اذا اهل عن ابويه فانه ان يجعل عن ابيهما
شا اجاب بقوله ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك اي بعد ما وقع لنفسه وبينه
في الكتاب وهو واضح وقوله وان ابهم الاحرام ظاهر وقوله لان الملتزم هناك
مجهول معناه ان جهالة الملتزم غير مانعة عن وجوب التعيين واما جهالة من له الحق
فهي مانعة الا ترى ان الاقرار بمجهول لمعلوم جائز دون عكسه وجه الاستحسان ان الاحرام شرع
وسيلة الى الافعال لا مقصودا بدليل صحة تقدمه على وقت الاداء وهو اشهر الحج فاكتفى به
اي بالاحرام المبهم من حيث انه شرط لان الشروط يراعى وجودها كيف ما كان الا ترى ان رجلا
اذا توضا للتبرد جاز له ان يصلي به وحاصله ان المقصود الاصلي هو اداء الافعال والتعيين بها
ابتدا به ممكن لانه يقع على الابهام علاف ما اذا ادى ثم تعين فانه يقع على الابهام ابتداء ثم التعيين يرد على
ما مضى واضمحل فلا يفيد شيا قال رحمه الله فان امر غيره بان يقرن عنه فالدم على من احرم رجل
امر رجلا ان يقرن عنه بنعم الرا ففعل فالدم على المامور فانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع
بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل صدرت منه وهذه المسئلة تشهد
لصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المامور وفيه نظر لجواز ان يكون الماخذ في كون الدم واجبا على المامور
كونه نسكا كساير المناسك وساير المناسك على المامور فكذا هذا لا كونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين
النسكين لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان كذلك لوجب على الامر لانه هو المنتفع بنفعه القران

ما علي الامر

بسقوط حجة الاسلام عن ذمته مع فضله القران وكذلك ان امره واحد بالذبح عنه والاخر بان يعتمر عنه
واذن له بالقران فالدم عليه لما قلنا يعني قوله لانه وجب شكرا الى اخره وانما قيد بقوله واذن له بالقران
لانه اذا لم ياذن له بذلك لا يجوز له ان يجمع بينهما لاجلهما فلو قرن كان مخالفا واعترض بانه جعل
جزا الشرط قوله فالدم عليه ووجوبه عليه ليس بمقيد باذنهما فانه لو قرن بانفراد نهما فالدم
واجب عليه ايضا وبانه انخالف عند عدم الاذن نخالف الى ما هو خير وهو القران لانه افضل عندنا
والمخالفة الى الخير غير ضائره واجيب بانه اذا اذن له بذلك كان مما يوهم انه ضرر مرضي فيكون عليهم
بخلاف ما اذا لم ياذن فازال الوهم بقوله واذن له بالقران وبالخيرية القران انما هي بالنسبة
الى الجامع بين النسكين لا الى الامر ولهذا اذا كان مامورا بالحج وقرن عنه ابو حنيفة مخالفا ولم يعتبر
ذلك ودم الاحصار على الامر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف على الحاج ووجههما على ما ذكره في الكتاب
واضح واعترض على قوله ان الامر هو الذي ادخله العهدة بان الامر اذا امر بالقران فهو الذي ادخله
المامور في عهدة الدم ولا يجب عليه واجيب بان دم القران نسك وقد دفع الامر النفقة بمقابلة
جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها بخلاف دم الاحصار فانه ليس بنسك ولم يكن معلوما عند الامر ايضا
وقوله وغيرها يعني النذور والكفارات وقوله لانه وجب حقا للمامور يعني بادخاله
الامر في هذه العهدة بنا على الميت والدين محله جميع المال وقوله لان الصحيح هو المامور به اي الحج
الصحيح هو المامور به دون الفاسد فاذا افسد لم يقع مامورا به فكان وافقا عن المامور فيضمن ما انفق
على حجة من مال غيره ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط حج الميت لانه لما خالف في
السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا عن المامور والحج الذي يأتي به في السنة القابلة فصار ذلك
الحج فكان واقعا عن المامور ايضا وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار وبما
ذكرنا علم ان الدما ثلثة انواع دم نسك كالقران والتمتع ودم جناية كجزا الصيد ونحوه ودم مونة كدم الاحصار
قال في المبسوط بل دم يلزم الحج يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه ان كان نسكا فاقامة المناسك
وان كان كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما يترك واجب فهو الذي ترك ما كان واجبا فلهذا كان هذه
الدما عليه الا دم الاحصار فانه في مال الامر في قول ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وقوله لما قلنا
اشارة الى قوله وهو الجاني عن اختيار قال رحمه الله ومن اوصى بان يحج عنه صورة هذه المسئلة رجل
له اربعة الاف درهم اوصى ان يحج عنه فمات وكان مقدار الحج الف درهم فدفعها الوصي الى من
يحج عنه فسرق في الطريق قال ابو حنيفة يوخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرق
ثانيا يوخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يوخذ ما بقي من ثلث جميع المال
وهو ثلثمائة وثلثة وثلاثون وثلث درهم فان سرق ثانيا لا يوخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرق
الالف التي دفعها ولا بطلت الوصية وان بقي منها شي يحج عنه به لا غير لانه تعيين الذمي كتعيين الوصي
لكونه نايبا عنه ولو قربها الموصي ثم هلكت بطلت الوصية فكذلك هذا ولابي يوسف ان الوصية
محل نفاذها الثلث ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله لا تصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه
الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل
وفي ذلك الحج من ثلث ما بقي وكلا هذا هذا ما يتعلق بما يحج عنه ومن المكان فعلى الاختلاف المذكور
في الكتاب وهو ايضا واضح واعترض بان الحديث الذي يستدل به لابي حنيفة ظاهره متروك لانه
يقتضي ان يكون غير هذه الثلاث من الاعمال منقطعا وليس كذلك لانه يثاب عليها وما هو
كذلك لا يكون منقطعا واجيب بان الاعمال كلها على ثلاثة انواع اعمال عليها نص واعمال لم

بشرع

بشرع فيها نحو تعبد معدومه واعمال شرع فيها ولم يتمها والموقوفات لا يوصفان بالانقطاع اما الاول
فلان الماضي لا يحتمل الانقطاع لكن يحتمل البطلان ما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك والثاني لانه غير موجود
وهذا لان الانقطاع عبارة عن تفرق اجزايه لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذي لم يوجد بجميع اجزايه
فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه واما جواب ابي حنيفة فاسند لا له من الكتاب والسنة فهو انه لا تنافي
بين موجب الكتاب وموجب الخبر لان الكتاب مستوف لحكم الاخرة والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل
حيث حكم الدنيا وبقي ثوابه من حكم الاخرة كما اذا نوى الصوم في رمضان وصامه الى نصف النهار
ومات وجب عليه لا ايصا نفديه صوم هذا اليوم كاملا من حيث الدنيا وان كان مثابا الى الاخرة بقدر
ما صام من ذلك اليوم وكذلك اذا ادركه الموت في خلال الصلاة وكل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه وكذلك
الجواب عن الحديث الذي رويناه قال في النهاية ثم تاخير تعليلهما عن تعليل ابي حنيفة يحتمل ان يكون قولهما مختار
المصنف لما ان قولهما استحسان وقول ابي حنيفة قياس والماخوذ في عامة الصور حكم الاستحسان وقوله
على ما قررناه من قبل يريد به قوله لانه متبرع يجعل ثواب عمله لاحدهما الى اخره والله تعالى اعلم

لما تردد لفظ الهدي فيما تقدم من المسايل نسكا وجزا ومونة احتاج الى بيان الهدي وما يتعلق به من المسايل
وكان لم يحل وجوبه عن احد هذه الاشيا اخر ذكره عن ذكر هذه الاشيا وكلامه واضح وقوله وقرنا المعنى فيما سبق
يريد بعد ذكر رواية ابن عباس وقوله ولان الجناية اغلظ من الحدث وقوله لانه اعلى انواع الارتفاق فيغلظ موجبه وقوله ولا يجوز
الاكل من هدي التطوع حتى الهدي والاعسا اذا ذبح في محله على ما يذكره واما الفقرا فيجوز لهم الاكل من جميع
الهدايا وقوله وحما من المرافقة اي شرب وقوله ويستحب له ان ياكل منها لما لم يكن الجواب يستلزم
الاستحسان ذكره ثانيا بيانا للاستحسان ولو ذكر الاستحباب ولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب
اياه وقوله لما روينا اشارة الى قوله انه عليه السلام اكل من لحم هديه وانما انث الضمير في منها
للرجوع الى هدي المتعة والقران والتطوع وقوله وكذا يستحب ان يتصدق ظاهر وقوله
عليه السلام لا تاكل انت ورفقتك منها شيا انما نهاهم عن الاكل لانهم كانوا اغنيا وقوله ولا يجوز ذبح
هدي التطوع ظاهر وجه الاستدلال بقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البايس الفقير ثم ليقضوا تفثهم ان
الله تعالى عطف قضا التفث على الاكل من بهيمة الانعام التي يجوز ذبحها وقضا التفث يختص بيوم النحر فيكون
النحر كذلك واعترض بان ثم للتراخي فربما يكون الذبح قبل يوم النحر وقضا التفث فيه واجيب بان موجب ثم في
التراخي يتحقق بالتاخير ساعة فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضا التفث بعده بساعة وليس كذلك وقوله
ولانه دم نسك ولهذا احل له التناول منه فيختص بالحرم كالاضحية وقوله ويجوز ذبح بقية الهدايا
ظاهر والفجاج جمع الفج وهو الطريق الواسع بين الجبلين ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرها يعني
بعد ما ذبح في الحرم يعني وقوله ولا يجب التعريف بالهدايا اي الاتيان بها الى عرفات وقوله على ما ذكرنا
اشارة الى قوله لانها لما وجبت بجبر النقصان كان التعجيل اولى لارتفاع النقصان به وقوله
الافضل في البدن النحر ظاهر وقوله قيل في تاويله الجزور يعني انه من واحد الى ثلاث والنخيج الرش
والبل وسنه تنضح ضرعها بكسر الضاد وقوله ومن ساق هديا فعطب ظاهر واعترض بانه لا يكون كاضحية الفقير
فان عينه تطوعا ومع ذلك وجب عليه اعادته اذا ضلت الشاة المشتراة لها حتى لو اشترى غيرها ثم وجد
الضالة وجب عليه ذبحها واجيب بان ذلك فيما اشترى الفقير بلسانه على نفسه في كل واحد من الشايين
بعد ما اشتراها للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه بمجرد الشرا للاضحية قال في فتاوى قاضي خان لو اشترى
شاه للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شي بمجرد الشرا للاضحية فان فتاوى قاضي خان لو اشترى

الفقير شاة للاضحية فماتت وباعها لا يلزمه اخرى وكذلك لو ضلت والعيب هو ان يذهب اكثر من ثلث الاذن
عند ابي حنيفة وعندهما هو ان يذهب اكثر من نصفها والعطب يحصل الهلاك ومعنى عطبه الدنو به اي قربه
الى العطب وبهذا خرج الجواب عما قيل هذا وقع تكرارا بما قاله اولا ومن ساق هديا فعطب لان ذلك في
حقيقة العطب وهذا في الاشراف عليه والحر رعليه بتخيير اللحم الذي ياكله السباع وقوله على ما
تقدم اشارة الى ما ذكر قبل باب القران بقوله وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة
من عادة المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السالفة
في فصل على حدة تكثيرا ويترجموا عليه بمسائل منثوره ومسائل متفرقه او مسائل شتى
او مسائل الابواب وصورة المسالة ان يشهد قوم انهم راوا هلال ذي الحجة في ليلة كان اليوم الثاني
ضحوا فيه العاشر وكلامه ظاهر لا يقبل الشهادة وقوله وكذا اذا شهدوا عشية عرفة
صورته ان الشهود شهدوا في الطريق قبل ان يلحقوا عرفات عشية عرفة وقالوا رايناها الا لذي
الحجة وهذا اليوم هو التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف في بقية الليل في اكثر الناس لا يسمع هذه
الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صاروا انهم شهدوا بعد الوقت
فلا يسمع وان كان يلحق الوقوف مع اكثر الناس ولكن لا يلحق الضعفة فان وقف جاز والا فات الحج لانه ترك مع العلم
به والقدرة عليه لان المعتبر الاكثر دون الاقل ومن رمى في اليوم الثاني الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى
يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جا بعد الرمي في يومه فان اقتصر على رمي التي تركها اجزاه لانه اتى باصل الرمي
في تركه وانما ترك المسنون من الترتيب وهذا نظير ما سبق ان الطايف اذا دخل الحطيم يعيد اجزاءه وان
اعاد الطواف كله كان حسنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا ترتيبا صار به الثاني
والجوامر الاول بدليل انه اذا ترك الكل يجب دم واحد فلا يجوز التفريق فيما بينهما فصار ترك الترتيب فيها كتقديم
السعي على الطواف او بالابتدا بالمروة قبل الصفا بخلاف الصلوات فان كل واحد منها بعينه على حدة والبقعة
في باب الحج اصل فكان ما شرع فيه اصلا فلا يتعلق جواز البعض بالبعض الا ترى انه لو اعاد مرتبا كان مودبا الا قاضيا
بخلاف الصلاة فان النص فيها ناطق بان من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز لانه دونه اي لان السعي
دون الطواف يعني احط منزلة من الطواف لان الطواف فرض كطواف الزيارة او من جنس الفروض كطواف القدوم
واما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح ان يكون مرتبا للطواف وقوله المروة منتهى
السعي للنص وهو قوله عليه السلام ابدأوا بما بدا الله تعالى بذكره اراد به قوله تعالى ان الصفا والمروة من
شعائر الله فلا يتعلق بها البداة وقوله ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا اي ومن نذر ان يحج ماشيا وجب
عليه ان لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب على سبيل الوجوب
وهو الصحيح وخير في الاصل يعني المبسوط بين الركوب والمشي بعد الندم لان الحج ماشيا يكره فكان مخيرا وهذا
اشارة الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير تقتضي ترك الركوب على سبيل الوجوب لانه اخبر عنه
بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية فكان الركوب غير مشروع وهو الاصل اي الموافق
للقواعد لان من اوجب على نفسه شيا على وجه الكمال لا يتادى ناقصا والمشي في الحج صفة كمال قال
النبي صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل ما حسنات الحرم
قال كل حسنة بسبع مائة وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال بعد ما كف بصره ما اسفت على شي
كاسفي على اني لم احج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال تعالى ياتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار
كما لو نذر الصوم متتابعا لا يتادى متفرقا واعترض بوجهين احدهما ان النذر لا يصح الا بما له نظير في
المشروعات المفروضة او الواجبة وليس للمشي نظير والثاني ان ابا حنيفة كره المشي في طريق الحج

فما وجه

فما وجه ما ذكره في الكتاب فانه يناقض ذلك واجيب عن الاول بان له اصلا وهو المكي الفقير اذا لم يملك
الزاد والراحلة وامكنه المشي الى عرفات وجب عليه الحج ماشيا وعن الثاني بان ابا حنيفة رحمه الله
ما كره المشي مطلقا وانما كره الجمع بين الصوم والمشي لانه اذا فعل ذلك ساء خلقه وجادل من الجدال المنهي عنه
واقواله وافعاله الجمع ينتهي بطواف الزياره يريد بالافعال الاركان لا مطلق الافعال فان رمي الجمار ايضا
من افعاله وقوله ثم قيل يعني ان محمدا لم يذكره في شي من الكتب من اي بلد يبتدي واختلف المشايخ فيه فقيل
يبتدي من حين يحرم وعليه فخر الاسلام والامام العتابي وغيرهما وقيل من بيته وعليه شمس الايمة
السرخسي واليه مال المصنف وقال لان الظاهر هو المروي يعني انه هو المتعارف من العرف فيعتبر في النذر
فاذا ثبت انه واجب ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه يدل على ذلك ما روي عن عقبة بن عامر الجهني
رضي الله عنه انه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان اختي نذرت ان تحج ماشية حافية
فقال عليه السلام ان الله لغني عن تعذيب اختك فلتركب ولتذبح شاة وفي بعض الروايات ولترق
دما وقوله قالوا يعني المشايخ كان ذلك بيان التوفيق بين رواية الاصل ورواية الجامع الصغير
وروي عن الامام فخر الاسلام ابي جعفر انه قال انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت
والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب وقوله ومن باع جارية محرمة ظاهر
وقوله وقد كان البايع يعني على ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان المولى اذا اذن للعبد
ان يحج فليس له ان يحلله لانه اسقط حقه بالاذن فصار العبد كالحر الا ان المشتري له ان يحلله لان الاحرام
لم يقع باذنه وقوله بخلاف النكاح لانه ما كان للبايع فسخه جواب عن قياس زفر وانما لم يكن له ان
يفسخ اذا كان باذنه لما كان النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه باذن المالك فلا يتملك المالك فسخه
وان بقي في ملكه لتعلق حق العبد كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن باذنه
والمشتري قايم مقامه بعد الشرا فلذلك لا يكون له حق الفسخ ايضا واما ههنا فقد اجتمع في الجارية حقان حق
الله تعالى في الاحرام وحق المشتري في الاستمتاع فيقدم حق العبد لحاجته على حق الله تعالى وقوله
وذكر في بعض النسخ ان نسخ الجامع الصغير يجامعها يعني للمشتري ان يحللها او يجامعها وباقي كلامه ظاهر
وهذا اخر العبادات والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدا من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والد
وقد اشتهرت وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الاثار وما اتفق في حكم من احكام الشرع مثل
ما اتفق في النكاح من استجماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والا
فظاهرة واما دواعي فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه وما ذلك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع البهيمي
من الذكر والانثى يدعوا الى تحقيق ما اعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة
فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يوجر عليه بخلاف ساير المشروعات والنكاح
في عقد واحد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وشرطه الخاص حضور
شاهدين لانه لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيه للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه
العام الاهلية بالعقل والبلوغ والحل يعني المراة لم يمنع عن نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول
كما في ساير العقود والايجاب والتلفظ به اولا من اي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل
عليهما ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب بان التحرز
عن الزنا واجب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وهو في حالة الاعتدال مستحبة وفي حالة خوف الجور مكروه

قال رحمه الله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرت معنى الانعقاد في باب البيوع
على ما سياتي وقوله يعبر بهما اي يلفظ وتبين لان التعبير البيان قال الله تعالى ان كنتم اياه تعبدون
اي تبينون وانما اخبر بلفظ الماضي للانشاء وهو الكلام الذي لنسبته خارج مطابقة لتدل على التحقيق
والثبوت فكان ادل على قضاء الحاجة وقوله ما بينه يعني في اول فصل الوكالة في النكاح والتزويج
لانه انعقد بغيرهما مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة
كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة
بينهما لان التزويج التلفيق يقال لفقت بين ثوبين ولفقت احدهما بالاخر بالخياطة والنكاح للضم ولا
ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا فلا مناسبة بينهما اصلا وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان التمليك
سبب لملك المتعة في محلها يعني ان تمليك الرقبة سبب لملك المتعة لافضائه اليه وملك المتعة هو الثابت
بالنكاح به واجيب بان افادته للنكاح ليس من حيث تحريم الوطئ لا محالة بل من حيث ابطال الضرب مالكه
لها في موجب النكاح من طلب القسم وتقرير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وحينئذ لا فائدة مليئته وينبغيه
فجازت الاستعارة وقوله وينعقد بلفظ البيع يعني بان تقول للمراة بعتك نفسي او قال ابوها بعتك ابنتي بكذا
وكذا بلفظ الشرى بان قال الرجل لامراة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم اشار اليه محمد في كتاب الحدود وقوله
هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش انه لا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح احتراز عن قول الكرخي
انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة هو ان جعل في حكم العين وقد
سمى الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فاتوهن اجورهن وذلك على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح
ان الاجارة لا تنعقد شرعا الا موقتة والنكاح لا ينعقد الا موبدا فكان بين موجبهما تناف
فلا يجوز الاستعارة وقال المصنف لانه ليس بسبب المتعة لعدم افضائها اليه الا بلفظ
الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا يعني ليس لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال
لا يوجب ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما سلطه على ملك المتعة
المسح ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد المو
زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور
شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول
واما اشتراط الشهادة فلقوله عليه الصلوة والسلام لا نكاح الا بشهود واعترض بان الولاية
عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك مما يحتاج اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد
كما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين والولاية لا مدخل لها في
هذا الحال واجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا واما المراد بها
الولاية القاصرة تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ لانه
لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المصنف لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعني انه من باب الولاية
ولا ولاية على المسلم وفيه النظر الذي مر انه ليس المراد به الاداء حتى يكون الولاية شرطا والجواب
انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين مما كان تعظيما ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الكفار
ويشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين خلافا للشافعي وعند المصنف ان
ذلك في الشهادات وقد مر بيانه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي هو يقول
الشهادة من الكرامة لان في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة والفاسق
من اهل الاهانة لتحريمه ودليله يتم بان يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن عدلنا عنه

الى

الى ما ذكرنا لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة
ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لانه له ان يزوج نفسه وعبده وامته ويغير ما يتعلق
بنفسه من القتل وغيره وكل من هو من اهل الولاية فهو من اهل الشهادة لان الشهادة من باب
الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة ولا نسلم ان من كان من اهل الولاية على نفسه
كان من اهل الشهادة لانها الى غيره اجاب بقوله وهذا اشارة الى انه من اهل الشهادة لكونه
من اهل الولاية يعني لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لم يحرم على غيره لانه من جنسه وهذا
بناء على ان الفسق لا يخرج المرء من اهلية الشهادة على الاداء وفيه الالزام ولئلا يخرج عنها على الانعقاد او
لا الزام فيه اولى ولانه يصلح مقلدا كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين قل ما خلوا او احد منهم
عن فسق فيصلح مقلدا اي قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه
يفهم منه ان يكون اهلية القضاء مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالواو كان احسن لا يقال يجوز
ان يكون مترتبا على مقلدا بكسر اللام لان السلطنة ليست مستفادة من اهلية الشهادة لان عكسه كذلك
والجواب ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية اعم ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عام الضرر
او خاصة اولى والترتيب على هذا الوجه غير خاف في الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية القاصرة بلا خلاف
فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكان اسهل ما سار وينعقد بحضور
المحدودين في القذف لانه من اهل الولاية على ما مر فيكون من اهل الشهادة تحملا لا اداء فان قلت النكتة
المذكورة في الفاسق اولا تقتضي ان يكون للمحدود في القذف شهادة متعدية فلم تكن فكانت منقوصة
قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي عن ثمرته ولا مبالاة بفواته
كما في شهادة العميان والابن بعدم قبول شهادة المحدود في القذف بعد ما كان من اهل الولاية كالفاسق
ويجوز ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته انفا والطريق الذي ذكرته في الفاسق اسهل ماخذا قال
رحمه الله وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز
لان السماع اي سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول في النكاح شهادة هذا ظاهر لانه لا يريد من الشها
على النكاح الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم هذا بالاتفاق فكانهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان
الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت على
اعتبار اثبات الملك عليه وكلما شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح
شهادة عليها وبين المصنف المقدمة الاولى بقوله لورودها على محل ذي خطر وتقريره ان الشها
في النكاح ان الانعقاد اما ان يكون لاثبات ملك المتعة عليها بانه خطر المحل او لاثبات ملك المهر
عليه والثاني منتف لان المهر مال ولا يجب الاشهاد على لزوم المال اصلا واما المقدمة الثانية فلانا
قد علمنا بالاستقراء انه لا شيء يشترط في اثبات تلك المتعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس بشرط عندنا
واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين وشهادة اهل الذمة
على الذمية جايزة وقوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر وتقرير الشها
في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد
ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة رجل واحد فلا يخلو اما ان يكون الاب
حاضرا او غايبا فان كان حاضرا جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل شاهدا
لان المجلس متحد فجاز ان يكون العقد الواقع من المامور حقيقة كالواقع من الامر حكما لكون الوكيل
في باب النكاح سفيرا ومعبرا وان كان غايبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا

الاب مباشرا مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسالة
الاخيرة ولي لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المامور
الى الامر حكما وانما يحتاج اليه في المسالة الاخيرة وهي ما اذا زوج ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد
فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها فان كانت غايبة
لم يجز لان الشي انما يقدر ان لو تصور تحقيقا **فصل في بيان المحرمات**
لما كان من بنات ادم من اخرجها الله تعالى عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني ادم احتاج الى ذكرها
في فصل على حدة واسباب حرمتهن متنوعة الى تسعة انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم
الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والمطلقات وكل ذلك مذكور في
الكتاب لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنسا لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وكلامه
على حرمة الام ظاهر واما على حرمة الجدة فباعتبار ان الام في اللغة هي الاصل يقال لمكة ام القرى فيكون
دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما او لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز وثبت حرمتهن بالاجماع وهذان
المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية ايضا كالبنات وبنات البنات وبنات الابن كذلك والاخت
وبنات الاخت وبنات الاخ والعمات والخالات متفرقة او غيرها تناولها النص بجهة عموم الاسم هذا ما يتعلق
بالقرابة وتحرم ام امراته ان كانت مدخولا بها او لم تكن لقوله تعالى وامهات نسايكم اللاتي دخلتم بهن وليس
كونها في الحجر شرطا قال المصنف لان ذكر الحجر في قوله تعالى وربايبكم اللاتي في حجوركم خرج
مخرج العادة فان العادة ان تكون البنات في حجر زوج امها غالبا اي في تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح
ذلك بقوله ولهذا اكتفي في موضع الاستحلال بنفي الدخول ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم
يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم فان الاباحة تتعلق بضد ما تتعلق بالحرمة واعترض
بانه يجوز ان يكون متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة بانتفا احدهما
لان الشي ينتفي بانتفا الجز فيكون ثبوت الاباحة عند انتفا الدخول دليل على ان الحرمة غير متعلقة بالحجر
واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا او نفي العلة مطلقا لا نفي احدهما ولكن عن الاخر
لا يقال لا يجري حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسية بين هذين الا انه لم يوجد فيه الجنسية
او لم يوجد القدر مع الجنس او يقال لم يوجد علة الربوا وليس بربوي وتحرم امراة ابنه وان سفل لقوله
ولا تنكحوا ما نكح اباوكم فان قيل الاية على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد
بالاب الاصل فيتناول الابا والاجداد كما يتناول الام الجدات واما بالاجماع ولما المراد بالنكاح ان كان هو الوطي
فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد فالوطي ثابتا بطريق الاولى وتحرم امراة الابن
نسبا ورضاعا وهي اولاده لقوله تعالى وحلايل ابنايكم الذين من اصلابكم فحليلة الابن وهي زوجته
حرام على الاب سوا دخل بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول واما حليلة الابن وهي جنية
حرام على الاب سوا الدخل بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول له واما حليلة ابن الابن فباعتبار
ان المراد بالابن هو الفرع فكانه قال وحلايل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت
لعمومه او بالاجماع فان قيل فقوله تعالى من اصلابكم ما فايدته اجاب بان ذكر الاصلاب لاسقاط
اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى ادعوهم
لابايهم وقصته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها
زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبني بقوله ادعوهم لابايهم ودفع
طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم

تحرم

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة وتحرم ام الرجل من الرضاعة واخته
منها لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلاة والسلام يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب هذا ما يتعلق بالرضاع ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح او بملك
لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين على الاطلاق وسرى حكمها الى كل امراتين لو فرضت احديهما ذكرا حرم
الاخرى عليه لعلة قطيعة الرحم سوا كان في النسب او في الرضاع ومن له امة فتزوج اختها جاز سوا كان وطي الامة
او لم يطاها لانه صدر من اهله وهو واضح مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطيها ليس بابل لا يستحيل ثم هو
لا يمنع نكاح الاخت ان كان وطي الامة لا يطاها بعد ذلك وان لم يطا المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوة حكما
فوطي الامة يكون جمعا بين الاختين بوطي احديهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لو كان
قايما مقام الوطي حتى يصير المنكوحة موطوة حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما
وطيا كما قال به مالك واجيب بان نفس النكاح ليس بوطي حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطيا
بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطي فلا يكون وطي الامة مانعا عن النكاح ولا يطا المنكوحة ايضا للجمع بينهما الا اذا حرم
الموطوة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزوج لان ذلك الوطي قايم حكما حتى لو اراد ان يبيع يستحب
له الاستبرا فيصير جامعا بينهما وطيا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطي لزوال معنى اشتغال
رحمها بمايه حقيقة وحكما الا ترى انه يحل لزوجها ان يغشاها فيحل له ان يطا المنكوحة حينيذ لعدم الجمع وان لم يكن
وطي المنكوحة جاز له ان يطا المنكوحة لعدم الجمع وطيا والمرقوقة ليست موطوة حكما فان تزوج اختين في عقدتين
ولا يدري ايهما اولى فرق بينه وبينهما فيه بعقدتين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع
بين الاختين فلا يستحقان شيا من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية
وقوله لان نكاح احديهما باطل يعني من كانت هي الاخرى في الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية
ولا الى التنفيذ بعد ان تعين فاحديهما فيرعنهما لعدم الفايدة وهي حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة
والضرر يعني في حقهما لان كل منهما بقي معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذه
وبين ما اذا كان لرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن بعينها فنسيها فانه يومر بالبيان ولا يفرق واجيب
بان التفريق يمكن الزوج من دعوى ثلث منهن باعيانهن لان نكاح كل واحدة منهما كان يقينا بيقين وليس
فيما نحن فيه شي من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح في احديهما متمسكا باليقين فيفرق بينهما وقوله
ولهما نصف المهر يعني بينهما نصفان لانه وجب للاولى منهما اما انه وجب فلان الفرقة ليست مضافة الى الزوج
وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى تقوير كلامه المهر
للاولى منهما لما قلنا وليس احديهما بكونها اولى للجهالة بالاولية وفي بعض النسخ فالاولوية فينصرف اليهما
وقوله لا بد من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر لا بد ان يدعي كل واحدة انها هي الاولى
واما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين كان اولا لا يقضى لهما بشي حتى يصطلحا لان الحق للمجهول فلا بد من
الدعوى والاصطلاح ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان يقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا
الحق لا يعدونا فيصطلح على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي قال رحمه الله ولا يجمع بين المراة وعمتها
او خالتها او ابنة اختها لقوله عليه الصلاة والسلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة
اختها رواه ابن عباس وجابر كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابن عمر وابو
يوسف وعبد الله بن عمرو وابو امامة وجابر وعايشة وابو موسى الاشعري وسمرة بن جندب وهو
مشهور يلقيه الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فايدة التكرار والحكم واحد بصيغتين مختلفتين في
موضعين فان المراد من قوله لا تنكح المراة على عمتها هو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المراة وبين عمتها

هو عين جمع المراة بين عمتها و بين بنت اختها وكذلك الجمع بين المراة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين اخت اختها اجيب
بان شمس الايمة السرخسي رحمه الله قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال
لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز
نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين
لازالة الاشكال ولقايل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال وهذا مشهور يجوز الزيادة
على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه
ليس كذلك لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث تخصيصه سلمنا جواز الاصطلاح
على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا اولا وليس بمعلومة ويمكن ان يجاب عنه بان
الزيادة على الكتاب نسخ اخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز سايغ فيكون
معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما انه يطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى
ولا تنكحوا المشركات نسخ عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم بتقديره متاخرا لئلا ينكر النسخ فجاز ان
ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرناه ولا باس بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين
ان كانت القواعد الاصولية على ذكر منك و **قوله** ولا يجمع بين امراتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان
يتزوج ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان نحاقيه لان الجمع بين المراة وعمتها محرم لافضايه
الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه ولا عليك ان تجعله ثابتا بدلالة قوله وان تجمعوا
بين الاختين كما قدمته وهو اولى وقوله ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة
الى قوله عليه الصلوة والسلام يحرم من الرضاع الحديث و **قوله** ولا باس بان يجمع بين امراة ظاهر
بسبب في المبسوط قول زفر هذا ولي ابن ابي ليلى و **قوله** والشرط ان يتصور ذلك من كل جانب يعني
كما كان في الاختين كذلك لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق
الاصل وقد صح ان عبد الله بن جعفر جمع بين امراة علي و بنته وهذا لما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع **قال** رحمه الله
ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين ان الزنا يوجب
حرمة المصاهرة اولا ثم ذكر الخلاف فقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم
وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه ولنا ان الوطي الحرمة وتقريره الولد جزء
من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء من هو فلان سبب الحرمة موجود وهو الوطي فانه سبب
للحرمة بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كما
يقال ابن فلان وابن فلانة فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه كاصولها وفروعها وان قيل لو كان
كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المراة الموطوءة لانها حينيذ جزء الواطي اجاب بقوله الاستمتاع بالجزء
حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانه لو قيل بحرمتها لم يحل امراة بعدما ولدت لزوجها وعاد
النكاح على موضعه بالنقض لانه لم يشرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع بالولادة ينبغي
بذلك بها وذلك باطل ولنا ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان ادم عليه السلام وقد حرمت عليه
بناته فهو الاصل فحرمة الجزء واستثنا موضع الضرورة وهي امراته و **قوله** والوطي محرم من حيث انه سبب
الولد جواب عن قول الشافعي حرمة المصاهرة نعمة فلا ينال بالمحظور وبيانه ان الوطي ليس بالحرمة من حيث ذاته
حتى يعتبر المناسبة بينه وبين المشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد اقيم مقامه
كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا يقال والولد غضبان
او عدوان والشي اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم و **قوله** ومن

مسته امراة بشهوة بان ان الاسباب الداعية الى الوطي في اثبات الحرمة كالوطي في اثباتها للعقبة ابو الليث ن
تاويل المسلة اذا صدق الرجل المراة انها مسته بشهوة و لو كذبها ولم يقع في اكبر رايه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي
ان لا تحرم عليه امها وبنتها فان قيل ذكر مسلة الدواعي بتكرار لان نفس الوطي الحرام اذا لم يوجب الحرمة عند الش فنفي لان
لا يوجبها دواعيه اولى اجيب بانه اذا كانت تكرارا ان لو كانت مصورة في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في
الحلال بل ان مست امته مولاها بشهوة كذلك عند الش لتميز بين الحلال والحرام في ثبوت العدم له في الحلال ما ذكر في
الكتاب ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وكل ما
ليس في معنى الدخول لا يلحق في الدخول بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب
داع الى الوطي والسبب الداعي الى الشي قام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا وجدنا لصاحب الشرع من بداعنا
في حرمة الابضاع الا ترى انه قام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون ساير الاحكام
من التوارث ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام
ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطي ونوقض بان ما ذكرتم اذا كان
صحيحا قام النظر الى جمال المراة مقام الوطي في ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا اليه **والجواب** ان النظر الى الفرج
المحرم وهو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكية وهو لا يحل الا في الملك والظاهر من ذلك انها لا تكون على هذه
الحالة الا في خلوة عن الاجانب فالنظر بعد هذا هو اقوى من النظر الى الجمال الحلال في الملك وغيره خلا وملا فهل يكون داعيا
الى الوطي دعوة النظر لكن اليه اولا لا قايل بذلك الا مكذبا و عرف المس بشهوة بان تنتشر الالة يعني اذا لم تكن منتشره
قبل النظر والمس او يزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل ذلك و **قوله** هو الصحيح احترازا عن قول كثير من
المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا الحد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها واختار المصنف قول شمس الا
السرخسي وشيخ الاسلام قال في النهاية هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان
يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد
بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الاله وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين
الذي ماتت شهوته حتى تتحرك بالملامسة وهو اقرب الى الفقه و **قوله** والمعتبر النظر ولو مس فانزل فقد
قيل يوجب الحرمة وبه كان يفتي شمس الاسلام الاوزجندي ووجهه ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة بدون الزيادة
الا كانت لا يوجب زياده حرمة لا يوجب طلا فيها والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الايمة
السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد في باب اتيان المراة في غير ما تاها من الزيادات ان الجماع في
الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو ان الحرمة
عند ابتدا المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم تثبت والا ثبتت الا ان يكون معناه
ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط كما تثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط
ابدا واذا طلق امراته طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت
العدة عن طلاق باين كان الطلاق على او ثلث جاز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود
على الكمال اذ ليس فيه شايبة الرجوع فلا بد من اعماله واعمال القاطع الكامل بمعنى القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر
دليله ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا انا لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول قايم
لبقا بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو مصيره المراة بحال لو جاءت بولد ثبت النسب
منه لان هذه لذلك ما دامت في العدة لا نزاع في بقا هذه الاحكام سوى النفقة ولا في كونها من احكام النكاح على
النكاح فلو لم يكن النكاح قايما حال العدة يخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قايما عمل القاطع متا
خرا في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام و **قوله**

والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجهه انا لا نسلم وجوبه
على اشارة كتاب الطلاق فان قال معتدة عن طلاق بائن جات بولد لاكثر من سنتين من يوم زوجها لم يلزمه الولد
للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه اشارة
الى ان الوطي في العدة من طلاق بائن لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولين
سلمنا ذلك بنا على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال ان من طلق امراته ثلاثا ثم وطئها في العدة
يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذاك باعتبار ان الملك في حق الحل فذاك فيتحقق الزنا لو قوع الوطي في غير
الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا فلا نعمله على بقا المنع من الخروج والفراش ولم يكن
ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح فقلنا بقيامه في حق التزوج بالاخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين
الاختين **قال** رحمه الله ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان القياس استدلوا بقوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المومنات ولنا ان النكاح الا ثمرات
ثمرات مشتركة بين المتناكحين يعني انه كما يجب للزوج على الزوجة حتى يعصي ما لكيه الزوج عليها فطلب تمكينها
من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي ما لكيتها
عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوج
فكان النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما وكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما تنافيا
لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفا في التنافي بينهما واعترض بانهما من جهتين
مختلفين ولا تنافي حينئذ **واجيب** بمنع الخلاف بان كون المراة مالكة لجميع اجزائها انما هو بالنسبة
الى العبد فلم تختلف الجهة وتقابل ان يقول المراة بجميع اجزائها المالكة للعبد بجميع اجزائه وليست بمالكة
المنافع بصفة مجاز ان يملك العبد بالنكاح على منافع البضع لان النكاح عقد على ملك منافع البضع
وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها بل من حيث اجزائها فاختلفت الجهة
وانتفى التنافي والجواب انا لا نسلم انها لم تملك منافع بضعه وانها تقدر على اتلافه بالاحصار والحبس من غير ضمان
يلحقها وكان العبد مملوكا من حيث رقبته ملكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة
القياس من الاية فبما يعارضها قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم خاطب الله تعالى
الموالي بانكاح الاماء لا انكاحهن فان **قيل** الاية سالمة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة والجواب ان الموضع
موضع ما يحتاج اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان نافيه ويجوز تزويج الكتابيات
لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب قال المصنف اي العفايف فسره بذلك احترازا عن قول
عمر فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة ودلالة الغرض ووجه
الاستدلال ان الله تعالى قال اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم
والمحصنات من المومنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي واحل لكم المحصنات من المومنات والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالته على الحل ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد يعني بعد
انطر حيث **قال** ويجوز تزويج الامة ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه الصلوة والسلام سنوا بهم
سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هولاي في اعطا الامان باخذ الجزية منهم رواية
عبد الرحمن بن عوف فلا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يومن وهو بعمومه
يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها واعترض بان اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود
عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في الكتاب في التيسير
والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح

الكتابيات

الكتابيات وقد بين المصنف جوازه مستدلا بقوله والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب وقد بين المصنف في قوله تعالى ولتسمعن
من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفي قوله لم يكن الذين كفروا
من اهل الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عما يشركون استعارة
صريحة تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك المشركين ويروى ذلك الى
الفعلين ثم ترك ذكر المشبه به على ما عرف في علم البيان وان قيل اتخاذهم ذلك اربابا عين
الاشراك لا شبيه به دل فيه الاستعارة والتبعية فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة وانما كانوا
يعطونها تعظيم الارباب فان قلت فما اولى في تاويل ابن عمر لقوله تعالى والمحصنات من
المومنات اللاتي اسلمن من اهل الكتاب قلنا لسنا ناخذ به لرواية ادراك العفايف والتعبير الكتابية
ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة انه تزوج يهودية ولم يعرف له مالك **قال** رحمه
الله ويجوز تزويج الصابيات ان كانوا يومنون بدين نبي الصابيات من صبا اذا خرج من الدين وهم
قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم جنس من اهل
الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين **قوله** والخلاف المنقول
فيه يعني من ابي حنيفة وصاحبيه ان الحكم يختص عندك خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم وكل اجاب
بما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة انهم من اهل الكتاب يقرون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم
يعظمونها التعظيمنا القبلة في الاستقبال اليه ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم
فصاروا كعبدة الاوثان فاذن لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال به ابو حنيفة جازت
انكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا فيجوز تزوج

ح

المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز تزويج المحرم ولبنه على هذا
الخلاف له ما روي عن عثمان بن عفان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا
يخطب ولنا ما روى ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى الترمذي
حديث ابن عباس حسن صحيح فان قلت النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم
قياسا على الوطي اذا كان الحديثان متعارضان قلت ما رواه محمول على الوطي اي لا يطاه ولا يمكن المراة

هوصي

ان تطاه كما فعل البعض وكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزويج الامة مسلمة
كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما
فيه من تعريض الجزء على الرق اذ الولد يتبع الام في الرق وما يثبت بالضرورة فيتقدر بقدرها والضرورة
تنفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية ولهذا اي لكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا
منه فانكح من تزويج الامة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزويج الحرة وعندنا جواز نكاح
الامة مطلق مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع الذي هو ابداه وهو تعريض الجزء
على الرق لانه اي في الاقدام على نكاح الامة امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه لانه
لم يوجد بعد وبعد وجود المنافاة فهو ممتاز لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية
والامتناع عنه ليس بممنوع شرعا لانه له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضى المراة وبتزوج العجوز
والعقيم والعقيم فلان يكون له ان لا يوصف وصف الحرية بتزويج الامة اولى ولا يتزوج
امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضى

الحرة وجه الشافعي ان يتزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق
مع الاستغناء عنه وهو لا يوجد في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه وجه قول مالك ان المنع لحق الحرة فاذا
رضيت فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الراي في مقابلة النص غير
معتبر فان قلت جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضي على ما تلوتم فهلا
جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وان كان
المقتضي موجودا لكن المانع غير منتف وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله ولان الرق اثرا في
تنصيف النعمة على ما نقرر في الطلاق فيثبت حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام
علينا ان نقرره ههنا وتقريره ان الحل الذي بني عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنسا
جميعا وكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فلذلك يتنصف
برق المراة لان الرق هو المنصف وهو يشملهما او لا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان
العدد لان المراة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك يقول
الاحوال ثلث حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل
التجزي فيغلب الحرمة على الحل فيجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متاخرة
عنها وهذا المعنى وهو بطلان بالتنصيف بالرق الثابت بالاجل القطعي عن العمل باطلاق المقتضي
فتامل فانه وتجوز الحرة عليها لقوله عليه الصلوة والسلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من
المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها فجاز العمل باطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان تزوج
امة على حرة في عدة من طلاق باين او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما ووجه الجانبين
على ما ذكره في الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين هذه المسلة وبينما اذا تزوج امراة في عدة
اختها من طلاق باين فانهما لم يجوزاه كابي حنيفة وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك فاذا تزوج
في عدة اختها جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج
الامة ثم صح نكاحهما ولكنه باعتبار ما فضيلة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة
ولقايل ان يقول نكاح الاولى قايم ما دامت في العدة اولى فان كان الاول ورد عليه هذه المسلة
وان كان الثاني فكذلك المسالة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار
فرقا آخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره قال رحمه الله وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير
والاما وللعبد ان يتزوج اربعا من الحراير والاما ومنهما اذا قدم الامة على الحرة ولا يجوز اكثر من ذلك
قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا مثنى وثلاث ورباع نص على العدد ويمنع الزيادة
عليه وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع من الصرف للعدل والوصف فكان
من باب تخصيص الشي بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم فيما عداه فيثبت الزيادة لقوله
تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه عدد ولكن لا نسلم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة
عليه لانه عليه الصلاة والسلام قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغايط وقي ومني ودم
وبالاتفاق تغسل من الخمر ايضا مع انه عليه الصلاه والسلام نص على العدد مع كلمة
الحصر والجواب عن الاول انه يجب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثاني
بان معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الادمي لان هذا الحديث خرج
جوابا للسوال من سال عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمنا لكن مقتضاه التسع

اوثمانيه

اوثمانيه عشر لما ان الواو للجمع اجيب بان هذا الوهم هو الذي اوقع الرفضة
لعنهم الله في التسوية بينهم وبين افضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بتفضيله اليه لو ارد
عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانيه عشر نظرا الى معنى
العدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا الا ان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه
الاعداد وقال الفرا الاوجه حمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ هو العي في الكلام
والكلام الحكيم يجل عن ذلك وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الديلمي وبين
ما زاد على الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في حيوة النبي صلى الله عليه
وسلم ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة نكاحا وقال الشافعي لا يتزوج
الا امة واحدة لانه اي نكاح الامة ضروري في حق الحر عنده كما تقدم والضرورة تندفع
بالواحدة والحجة عليه ما تلوناه يعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا فان اسم
النسا ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان امة مذكورة بلفظ النسا ويتناول الامة المنكوحة
ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده
لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك المال
ولهذا قال جاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه لا ان له ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق
منصف على ما سيجي في الطلاق كما وعد المصنف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا
لشرف الحرية وتملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب
القسم ويتنصف فيها وقوله فان طلق الحر ظاهر قال رحمه الله فان تزوج
حبلى من الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب او لا فان كان الاول فالنكاح
باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطاها
حتى تضع حملها وقال ابو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل اي في الحمل الثابت
بالنسب انما يكون لحرمة الحمل وهذا محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه والجواب
انه كان حمل الزنا على الحمل الثابت بالنسب بعلة حرمة النسب ولهما انها من المحللات بالنص
وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحمل
الثابت بالنسب لم يدخل تحت هذا النص قلت لمكان قوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى
يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت من المحللات لحل قربها وورد العقد عليها اجاب
بقوله وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة الوطي العارض يحتمل الزوال فلا يستلزم
فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس وقوله والامتناع في باب النسب جواب عن
قياس ابي يوسف وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة
لماء الزاني وقوله فان تزوج حاملا من السبي صورته ان سبى الحربية حاملا فزوجها الثاني
ان يزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما والجواب
وكذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها
فراش لمولاها لوجود السبب حده وهو مدور ره المراة متعينة لثبوت نسب الولد وكل من
كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها ما لا ايضا اجاب بقوله الا انه غير متاكد حتى
ينتفي الولد بالنفي من غير لعان وكان فراشا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل لان الحمل مانع
في الحملة وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التاكيد فان قيل لو كان غير متاكد ينتفي

الولد بالنفي من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح سببا للسبب فانه ينبغي النفي لا لانه كما
اذا قال لجارية له ولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا
انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب في مثله يجوز النكاح كما تقدم **اجيب** بان هذا
دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يكن لها صريح والصريح هاهنا موجود لان المسئلة اذا كان الحمل له
امة فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقر به وانما ذكر الفا
في المسائل المتقدمتين ولفظ الباطل هاهنا وان كان المراد بالفساد هنا كالباطل بيعا على ما ذكره
فخر الاسلام لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع
للتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمتين اهون اما
في الحامل من الزنا فلان الحرمة تختلف فيها وهو ظاهر واما في السبية فكذلك على ما روى الحسن عن ابي حنيفة
انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها
ليست بفراش لمولاها لعدم حد الفراش الذي ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة
الا ان عليه اي على المولى ان يستبريها قال الشارحون معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك
اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف فيقال انه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد
صرح في فتاوى الولوالجي بالاستحباب واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها حتى يستبريها لانه احتمل الشغل بماء المولى فلو تحقق الاشتغال
بماء الغير كان الوطي حراما فاذا احتمل ذلك ثبت التنزه كما في الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لا حقيقة ولا جواز
الاقدام على النكاح اورث ضعفا فيكون مستحبا ولهما ان لا فدا اتفقنا على جواز النكاح من غير حمل والحكم
بجواز النكاح في مثله امارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم واذا كان
الرحم فارغا لا يومر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب وكان
حقه التاخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب الا ان الخصم
يقول به ولان نفيه اهم واما السفيل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب ومن بذكر ما سلف
من المسائل الحاذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف استغناء عنها بما يضمن كلامه فيما سلف **وقوله**
بخلاف الشراء عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم
بجواز النكاح امارة الفراغ والا كان حكما بالاعجوز كذلك في الشراء فيجب الاستبراء **قوله** وكذا اذا
راى امراة تزني فتزوجها فان له ان يطاها قبل ان يستبريها لا يحل لان احتمال الشغل قائم الحرمة عند مفارقة دليل الاح
اجيب بان تعارض الاحتمالين لان احتمال وجود الحل وعدمه فعند ذلك يحتاج جانب العدم لاصالته
وليقوى الاصالة هنا العدم راجح صاحب الحل **قال** رحمه الله ونكاح المتعة باطل وصورة المتعة
ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل اتمتع بك مدة كذا بكذا من المال او يقول خذي هذه العشرة لاتمتع بك
اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام ولم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك هو جائز وهو
الظاهر من قول ابن عباس لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه
ناسخه بالاجماع الصحابة وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى عن
محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر
الا ان الله ورسوله ينهاكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن سبرة قال احل رسول الله صلى الله عليه وسلم
المتعة عام الفتح ثلث ايام فجئت مع عمر الى باب دار امراة ومع كل واحد منا بردة وكانت
بردة ابن عمي احسن من بردي فخرجت امراة كانها رمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردته وقالت

هلا

هلا بردة كبردة هذا وشبابا كشباب هذا ثم امرت عامر على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا
منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان الله ورسوله ينهاكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم
اجمعت الصحابة على ان المتعة قد انتسخت في حيوة النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة والا
ظهر ان الا ان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس يصح على المذهب الصحيح فان قيل ان الاجماع ان
وقد كان ابن عباس يخالفه اجاب **بقوله** وابن عباس صح رجوعه الى قولهم روى جابر بن زيد ان
ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع الى قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة
الى مالك نظر لانه روى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن ابي عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن ابيهما
عن علي بن ابي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية
وقال في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد والنهي صد افاهذ المتعة واقول يجوز ان يكون بعض
الائمة الذي اخذ منه المصنف قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة وليس كل من يروي حديثا
يكون واضح العمل لجواز ان يكون عنده ما يعارضه ويترجح عليه **والنكاح الموقت باطل** مثل ان يتزوج امراة
بشهادة شاهدين الى عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود لفظ
لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا انفا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت وذكر
لفظ التزويج او النكاح وان تكون المدة معينة وقال زفر صحيح لازم لان الموقت شرط فاسد لكونه مخالفا
لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان
معنى المتعة هو الاستمتاع بالمراة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة
والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة
الاصيل كفالة وقوله ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد انهما
ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان النكاح صحيحا لانه في معنى التابيد
وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الظاهر ان التاقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك للنكاح
ومقتضاه التابيد لانه لو لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة عين التوقيت
جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط
وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينهما وبين ما نحن فيه
واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر ليقطع
به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح وكان النكاح صحيحا والشرط باطلا
واما صورة النزاع فالشرع انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد
مضي المدة عقد كما في الاجارة **قال** رحمه الله ومن تزوج امراتين في عقد واحد
هذه المسئلة من الاصل اي من المبسوط وصورتها ظاهر ومسئلة البيع تاتي في البيوع وقوله
وعندهما يقسم على مهر مثلهما يعني اذا كان المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما
فما اصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما انه
قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بالاثنين فانما يلزم اذا سلمنا لمن قابل لم يتم ههنا الا احدهما
فلا يلزمه الا حصته كما لو خاطب امراتين بالنكاح على الف فاجابت احداهما دون الاخرى ولابي
حنيفة ان ضم ما لا يحل الى ما يحل في النكاح كضم الجدار الى المراة فيه في ان كل واحد منهما ليس محل
للنكاح ولو فعل ذلك وسمي كان المسمى كله للمراة فكذلك ههنا لمن يحل بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح
لانهما قد استويا في الايجاب حتى لو اجابتا صح نكاحهما جميعا فثبت انقسام البدل بالمساواة في

الايجاب

قال قيل اذا لم يكن محلا للنكاح اصلا ولم يدخل تحت العقد وجب ان يحد ان دخل بها ولا يحد عندهما
واحتج بالحد مع الحد باعتبار ظاهر صورة العقد و **قوله** ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها
هذه المسئلة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بان قضى القاضي بشهادة الزور في العقود
والفسوخ عند ابي حنيفة ينفذ ظاهرا و باطنا ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بينهما بثبوت
التمكين والنفقه والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى واما في الاملاك
المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع واما في الهبة والصدقة ففي قول ابي يوسف
فيه روايتان في رواية الحقها بالاشربة والانكحة من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول
وفي الاخرى الحقها بالاملاك المرسلة وما ذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح ما قالوا
القاضي اخطا الحجة اذ الشهود كذبة والحجة تمنع عن النفوذ باطنا كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار
ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عند القاضي لان الغرض اذا لم يطلع على شيء مما اوجب رده
ومثل هذا الشهود هي الحجة المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك
امر لا يعلمه الا الله تعالى فلو اشترط ذلك للقضاء لما امكن القضاء اصلا واذا وجدت الحجة الشرعية
نفذ الحكم ظاهرا و باطنا بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات فان
قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن والنكاح ما لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء
باطنا اشار الى الجواب بقوله ينفذ ثم النكاح بطريق القضاء فانه قال انكحتك اياه وحكمت بذلك
بذلك قطعا للمنازعة فيحل له ان يطاها كيلا تنازعه في طلب الوطي ثانيا وسالني بعض الاذكيا المغاربة
حين قدم مصر حاجا سنة سبع واربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب فاجبته لقوله لم
هذا قطعا للمنازعة فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطي فليطلقها فانه يخلص عن المنازعة مع البراءة
عن عهدة وطي لم يبحه محلله فقلت يعني بالطلاق طلاقا منهما وغير منهما والاول لا سبيل الى الثاني
لعدم الاعتداد بالتبين عنده وح فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة واما ما في هذه
المسئلة فانه روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي واقام شاهدين فقضى بالنكاح
بينهما فقالت المراة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي شاهداك زوراك لم يعقد
العقد بينهما تقضيا فيما لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينهما
من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور وقال قيل هذا انما تم اذا حصل قضاؤه بمنزلة
انشا العقد وذلك يقتضي انه يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه الصلاة
والسلام لا نكاح الا بشهود اجيب بان بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس
الائمة السرخسي واخرين منهم قالوا انشا النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه
في الباطن والمقتضى لا يراعى المرابطة التي يثبت بها لو كان معقودا كما في قوله اعتق عبدك عني
بالف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول و **قوله** بخلاف الاملاك المرسلة
اي المطلقة عن اثبات سبب الملك فان ادعى ملكا مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين
سبب او بسبب لا ينفذ القضاء الا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطيها لان في الاسباب
تزاحما فلا يمكن تنفيذه بيانه ان الاسباب كثيرة ولا يمكن القاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن
مخاطبا بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعي وذلك كما قلنا ظاهرا
فاما ان ينفذ باطنا بمنزلة انشا جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي بخلاف النكاح فان طريقه
متعين في الوجه الذي قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه والله اعلم **باب الاولياء والاكفاء**

اخر

اخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كان شرطي النكاح لان بيان محل النكاح شرط جوازه
بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه اولى بالتقديم وتجويز المذاهب على ما ذكره في الكتاب
واضح واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كابي يوسف في غير ظاهر روايته ومالك والشافعي فما قاله
لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما عند
الميلان وهو مردود بما اذا قال اذن لها الولي كما اشار اليه محمد فان الخلل يحتمل وكان الولي
الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وايضا المدعى ان النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان
الخلل في العبارة والاعتذار بان هذا التعليل تعليل ان لا يفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر
الى ان ياذن او لا غير دافع لانتفاء المطابقة واما وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها
وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج بالاتفاق
وكل تصرف هذا شانه فهو جائز بلا خلاف فان قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص
حقها بل في حق يتعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن كفوا في رواية قلت
لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة فالجواب ان
المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع
بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا
يعتبر العارض من لحوق العار للاولياء فان قيل هذا الاستدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة
وسنه فاسد اما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الولي عن العضل وهو
المنع وانما يتحقق به المنع اذا كان الممنوع في يده واما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان
بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت
بغير اذن وليها فنكاحها باطل فالجواب ان الاية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح
فدل على انهن يملكنه وان قوله فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن و قوله حتى تنكح زوجا
غيره وقوله ان ينكحن يعارضها واما الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سال الزهري عنه فلم
يعرفه وفي رواية فانكره ولان عائشة قالت بخلافه زوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن
الزبير وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله عليه الصلوة والسلام الايم احق بنفسها من وليها والايم
اسم لامراة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعارضا
ترك المصنف الاستدلال بهما من الجانبين وصار الى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود
و **قوله** وانما طالب الولي بالتزويج جواب عما يقال اذا تصرفت في خالص حقها فلم امر الولي بالتزويج اذا
طالبته واي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها ووجهه انها اذا باشرت هذا التصرف
ينسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة اليها و قوله
ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو يعني اذا تزوجت من غير كفو واما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا
يضيع الولد عمن يربيه قال في النهاية ولكن في مبسوط شيخ الاسلام وان زوجت المراة نفسها
من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا ثم بدا له ان يخاصم في ذلك فله ان
يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضى في حق النكاح في حق الكفو عندنا بخلاف القياس
قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي و **قوله** وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو
يعني لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي
يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاضي يعدل وهو معنى قوله لان كم من واقع لا يرفع ويروى

رجوع محمد الى قولهما بعشرة ايام ينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي ولا يتوقف على الاجازة قال
رحمه الله ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وهو
مذهب ابن ابي ليلى له ان الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة
بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا اي ولكونها جاهلة بامر النكاح تقبض الاب صداقها بغير امرها
ولنا انها حرة مخاطبة لان الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية
وقوله والولاية على الصغيرة جواب عن قياسه على الصغيرة بالفارقة وذلك لان الولاية
على الصغيرة انما كانت لقصور عقلها وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه
الخطاب فصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فانه كان صغيرا اجاز لقصور العقل وان كان بالغا
لا يجوز وصار كالتصرف في المال اي في مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه وقوله
وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجه ذلك ان
الظاهر ان البكر تستحيي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض لكن ليجهزها بذلك مع مال نفسه
ليبعث بها الى بيت زوجها فكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل بصريح خلافها وقوله
واذا استاذنها الولي فظاهر وقوله وان فعل هذا غير الولي يعني الاستيمار والاستيذان غير ولي ومولاها
او قريب ليس بولي فان كان كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كاستيذان الاخ مع وجود
الاب لا يكون رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا
وقوله ولو وقع اي السكوت دليلا فهو دليل محتمل للاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة
ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه فضولي وفي حق ولي غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان
المستامر رسول الولي لانه قائم مقامه وقوله ويعتبر في الاستيمار التسمية يعني اذا استامرها الولي ان
يسمي الزوج على وجه يقع به المعرفة لها اما اذا ابهم زمانا الى زوجك فسكتت لا يكون السكوت رضى ولا تشترط تسمية
المهر هو الصحيح احترازا عن قول من قال من المتاخرين كالبعض بتسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف
الصداق في القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكره ان النكاح صحيح بدونه فلا يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها
الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضى وكان محمد بن مقاتل يقول اذا استامرها قبل العقد فسكتت
فهو رضى منها بالنص واما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد لان الحاجة ههنا الى الاجازة والسكوت
لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها من الرجوع
قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكنا نقول هذا
في معنى المنصوص لان لها عند الاستيمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحيا
بينها وبينه وهو نعم لانه في الجهالة والرغبة في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى
قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وقوله ثم المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا
كان فضوليا في حقوق العباد فهو على ثلاثة اقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والاشربة والاملاك المرسلة
ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات وما
اشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالذي نحن فيه واخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار
المولى بجناية عبده ونحوها فالاول يشترط قرابة ولهذا اي ولقصور شفقته لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى
في رتبة لكونه تابعا للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس لانه اعلى اولى ولنا ان الولاية للنظر وهو موجود
وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب والجد بان النظر فيهما لم يثبت للاصل
القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت بحسب القرابة وبعدها لكن ما في البعيد من القصور

قوله هو الصحيح

ممكن

ممكن التدارك فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لها خيار البلوغ فاذا بلغا وجدا الامر على ما ينبغي
مضيا على النكاح وان وجدا فيه خللا بقصور الشفقة او النظر فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لان
الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر تداركه لا الى حد كان يبيع الولي ثم
يبيع المشتري من اخر ثم وثم وقد تعيب بعضهم ولا يمكن توقف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا
يفيد الولاية الا ملزمة والالزام مع القصور بخلاف المناكحين فانها تاتيان من غير تكرار غالبا
وكان التدارك بالتوقف ممكنا وقوله وجه قوله اي قول الشافعي في المسالة الثانية ان
النيابة سبب لحدوث الراي وقوله وتقريره ان الراي امر باطن والثبات امر بسبب لحدوث
او وجودا لممارسته فيقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني المقتضي
للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت الصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة في
الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا نسلم حصول الراي للصغيرة بسبب
الممارسة لان الراي والعلم بلذة الجماع انما تحدث بمباشرة عن شهوة ولا شهوة لها واذا لم تكن النيابة سببا
لحدوث الراي لا يصلح مدارا واما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز ان يكون مدارا
فلما ثبت الصغر ثبتت الولاية ثم الذي توقف كلامنا فيما تقدم يعني من اطلاق الولي في قوله
ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بقوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير
فصل وقوله والترتيب في العصبات ظاهر وقوله اعتبارا في الاب والجد بجامع داعية القرابة
ولما ان قرابة الاخ ناقصة خصص الاخ ليعلم به على ما يرى الاولياء بالطريق الاولى لانها اقرب الاولياء بعد
الجد وقوله فتطرق الخلل الى المقاصد يعني ان وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى والنكاح من سوء الخلق وحسنه
ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولوازمها وتوسيع النفقة وتغييرها وهذه المقاصد اهم من الكفاءة
ولا يوقف عليها الا بجد بليغ سيطرحانب والنقصان قرابته وقصور شفقته ربما لا يحسن النظر فيتوهم
الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك وقوله والجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي يعني
في اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله
هو الصحيح احتراز عما روي خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار للغيبة اذا زوجها القاضي
لان له الولاية في المال والنفس وكان في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لقصور
الراي في احدهما يعني الام ونقصان الشفقة في الاخر يعني القاضي لا يترك ان ولاية القاضي متاخرة عن ولاية
الاخ والعم فاذا ثبت لهما في تزويجهما ففي تزويج القاضي اولى وقوله ويشترط فيه اي في فسخ
النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب
قصور شفقة الزوج وهذا لان التمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة
كما هو في الجارية يمكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسالة
فيما اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فربما يكرم الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق
فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان ان يملك عليها بطلقتين
ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي ليس لاجازته حتى يحتاج الى الا
لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها
وجود الملزوم بدون وجود اللازم قال وكان لها ان ترفع اصل الملك في ضمن ما لها من دفع
الزيادة واعترض بان دفعها لما عليها من الزيادة ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع
للزيادة في ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان

لزام

هذا ليس يحصل للتبايع لسبايع ممنوعا وانما هو من باب الالزام لضرر الموضي ذلك فان الزوج
حين تزوج الامة عالما بخيار العتق التزم بالضرر الذي يحصل به والذي للضرر المرضي غير صابر
بخلاف الامة لانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها
برضى وكان لها خيار اذا اجتمع الضرر الصابر وغير الصابر يرفع للصابر ولا يعتبره و قوله ثم
عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف لا يرد هنا لانه لا يرى خيار البلوغ
وان كان المزوج غير الاب والجد وحاصل ما ذكر هنا امور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك
خمسة وقوله اي خيار البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون العتق والثاني ان خيار البلوغ يثبت
للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت وقد
علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة كان لها الخيار او لم تكن اما اذا كانت عالمة فظاهر
واما اذا لم تكن فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة الاحكام الشرع والدار دار العلم
بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف الا بعد العلم بتفرد
بالنكاح فكانت معذورة في الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق
او بثبوت الخيار لها اما الاولى فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لا تتفرغ لها بالخدمة
لا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة و قوله ثم خيار البكر يتفرع على خيار البلوغ
الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان عالما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل
رضيت ويجيء منه بالجزم ما يعلم انه رضا وان كان الجارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك
وان كانت بكرا سقط خيارها بالسكوت لاعتبار المعنى الحالة بحال ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا
ادركت واستؤمرت بالنكاح عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فكذلك اذا كان لها الخيار فادركت
وسكتت كان سكوتها رضى فيبطل خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمر عند ابتداء عقد
النكاح لم يكن سكوتها رضى بل لا بد من الرضى صريحا او دلالة فلذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت
منهما رضى بل لا بد من ذلك و قوله وخيار البلوغ يتفرع اخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع
والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر
المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت او بمجلس بلوغ الخبر
بالنكاح فسكتت بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام فلا يبطل
بالقيام عن المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس و قوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان يتحقق
الثيب خاصة وتقريره خيار بلوغهما لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات
الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض للنسق على المجلس كما سيجيء و قوله بل يوهم الخلل لتناول يشمل
البكر والغلام وتقريره خيار البلوغ يثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل وما ثبت بعدم الرضا يبطل
بالرضا لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام
فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الازدواج في هذا الاختصار
الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه عن المخلصين خيرا و قوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه
وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق يثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم
يعتق لما ثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون القيام دليل
الاعراض وبيان تعيين هذا الوجه للوجه الخامس انه اشار الى ذلك بقوله غير سكوت البكر رضا يعني
الرضا يسقط خيار البلوغ وصار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض

وهو

وهو حق جدا و قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول او بعده لانه يصح
من الانثى ولا طلاق اليها والفارق يظهر في سببين احدهما انها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف
المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني انهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلث تطليقات وكذا بخيار
العتق لما بينا انه يصح من الانثى و قوله بخلاف خيار المخيرة ظاهر الحكم المسئلة قال رحمه الله
لا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية
له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى
هؤلاء اما الى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفو واما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى
ولا ولاية لكافر على مسلمة يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسبة منها و قوله ولغير العصبات
من الاقارب يعني كالاخوال والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اي عصبة كانت
سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المراة كابن العم او لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبة من
العصبات ثم على قول ابي حنيفة بعد العصبات الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت
الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم
الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم موالي
الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده
منشوره اما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف مضطرب
ذكره مع ابي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاية و قوله لما روينا يريد به
قوله عليه الصلوة والسلام لا نكاح الا الى العصبات عرف الانكاح باللام في غير معهود فكان
معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيرهم فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة
عن غير الكفو والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق
بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان قلت هذا تعليل في مقابلة
النص وهو لا يجوز اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله لا انكاح الا الى العصبات اذا وجدت العصبات
والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكان الراي والقول بتوريث ذوي
الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض ولكون التوريث مبنيا على الولاية و قوله واذا عدم الاولياء يعني على الوجه
المذكور فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه الصلوة والسلام السلطان ولي من لا ولي له
اما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان ذلك في عهده منشوره كذا في فتاوى قاضي
خان و قوله واذا غاب الولي الاقرب يعني كالاب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج
وقال زفر ليس له ذلك وقال الشافعي يزوج السلطان لزفر ان ولاية الاقرب قائمة لانها
تثبت حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والحق القائم بالشخص لا يبطل بغيبته ولهذا
لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا كان ولاية الاقرب في غيبته لا يكون للابعد ولاية ولنا ان
هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه وكلتا المقدمتين ظاهرة ففوضناه
اي النظر الى الابعد و قوله وهو مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي كما اذا مات الا
فان الولاية لم تنتقل الى السلطان بموت الاقرب فكذا بغيبته و قوله ولو زوجها حيث هو فيه
جواب عن زفر ولهذا لو زوجها حيث جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه وبعد التسليم يتول الابعد
بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكس ذلك فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ

نفد ولا يرد يعني اذا الحصر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة في
المنقطعة وهو ظاهر وهو قوله وهو اختيار بعض المتاخرين منهم القاضي الامام السعد
والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي
عصمة وسعد بن معاذ المروزي وقوله لانه لا نظر في انفاذ ولايته جنيد معنى لعدم
الانتفاع وعن هذا قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلدة لا
يوقف عليه يكون غيبته منقطعة و**قوله** لانه اوفر شفقة من الابن بدليل ان لا
ولاية الابن لعدم النفس والمال والحد والابن ليس له الولاية في المال ولهما الا ان الابن
المقدم في العصوبة الا ترى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط و**قوله** ولا معتبر
بزيادة الشفقة جواب محمد **فصل في الكفاءة** لما كانت الكفاءة معتبرة على
ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز ويمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى ان يذكرها في فصل على حدة
والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفو وهو النظير من كافاه اذا ساواه وهي معتبرة في النكاح
قال صلى الله عليه وسلم الا لا تزوج النساء الا الاولياء ولا تزوجن الا من الاكفاء رواه جابر ولان
انتظام المصالح من الكفاءة عادة والنكاح شرع لانتظامها ولا ينتظم بين غير المتكافئين لان
الشريعة تابى ان يكون مستفرشة في الحسيس فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها
لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها في غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما
دفعا لضرر العار عن انفسهم يعني كما لم تلد منه كما تقدم فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز
ففي القول بالجواز به رد وتناقض الاعتراض بمخالفة له قلت جاز ان يكون نهيا وهو مقتضي
الشرعية عند عدم الكفاءة فتعتبر في خمسة اشياء في النسب والحرية والدين والمال والصنائع اما النسب
فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية قال عليه الصلوة
والسلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل العربي على العجمي انما الفضل بالتقوى وقد تايد ذلك بقوله
تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب
بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل والمراد بالموالي المعتقاء لما كانت
غير العرب في الاكثر غلب على العجم حتى قالوا الموالي اكفاء بعضهم لبعض ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش
لما روينا يعني من قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب اكفاء بعضها لبعض
قابل البعض للبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته
عثمان وكان من بني عبد شمس وانما قال في الموالي رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم قبل
لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بالدين كما اشار اليه سلمان حين افتخرت الصحابة
بالانساب وانتهى الامر اليه في الاسلام لا اب لي سواه و**قوله** الا ان يكون يعني قال محمد لا يعتبر
التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر
التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس من اولادهم كان للاولياء حق الاعتراض
قال المصنف فانه يعني محمدا قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لان انعدام اصل الكفاءة قال
قوله وبنو باهلة قبيلة من قيس عيلان وهي في الاصل اسم امراة من همدان كانت تحت معن بن
يعصر بن سعد بن قيس عيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى
الواحد عربي والاعرابي واحد الاعراب لا الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا بكفاء لعامة العرب
لانهم معروفون بالخساسة لانهم كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطحنون

عظام

عظام الميتة وياخذون الدسومات منها قال قائلهم
ولا ينفع من هاشم • اذا كانت النفس من باهلة •
و**قوله** واما الموالي ظاهر و**قوله** كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان
الشهود اذا ذكروا اسم الغايب واسم ابيه يحصل به التعريف عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما
لا بد من ذكر الجد و**قوله** ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام
المحبوبي ان هذا في الموالي واما في العرب فان من لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو لمن له ابا
في الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفوا النسب لحراز كانا مسلمين واما العجم فقد ضيعوا
انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له اب في الاسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق والخلاف فان العبد لا
يكون كفوا لمن هي حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفوا لها والمعتق لا يكون كفوا لمن لها ابوان في الحرية لان
الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل يعتبر في حكم الكفاءة وروي عن ابي يوسف ان الذي اسلم بنفسه او العتق اذا احرز ز
من الفاضل ما يقابل النسب الآخر كان كفوا له **قال** رحمه الله وتعتبر ايضا في الدين والديانة وتعتبر ايضا الكفاءة
في الدين اي في الديانة وهي التقوى والصلاح والحسب وهي مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان منشا
الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد
انعقاد العقد وذلك لا يكون الا في الدين بمعنى الديانة وهذا اي اعتبار الكفاءة في الديانة قول ابي حنيفة وابي
يوسف لانه اي الدين بمعنى الديانة من اعلى التفاخر والمراة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة
النسب فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة اولى بالاعتبار و**قوله** وابو يوسف معه
هو الصحيح اراد ان قول ابي يوسف مع ابي حنيفة حتى يكون الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز
به عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروة يكون
كفوا قال الولوالجي في الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس وقال محمد لا يعتبر في شرح صح
الكفاءة في الديانة لانه من امور الاخرة فلا يبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه بعرض
الكف ويسخر منه ويخرج الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان فانه لا يكون حينئذ كفوا الامراة صالحة
من اهل البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك الصفع وتعتبر الكفاءة في المال
وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا حتى ان من لا يملكهما او يملك
احدهما لا يكون كفوا اما المهر فلانه بدل البضع ولا بد من ايفائه واما النفقة فلان قوله الازواج ودوام ٥٨
بها والمراد بالمهر قدر ما يتعارفوا المعجل لان ما وراءه موجل عن ما ليس بمطالب فلا تسقط الكفاءة و**قوله**
وعن ابي يوسف هو غير ظاهر الرواية روى الحسين واسماء عن ابي يوسف انه قال الكفو هو الذي يقدر
على المهر والنفقة قلت بان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان ملك
النفقة دون المهر قال يكون كفوا قال الصدر الشهيد في تعليله لان المهر يجري فيه التسهيل
والتاجيل ويعد قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الاب لان
الاباء في العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة الدارة و**قوله** واما الكفاءة في المعنى التعيين
ظاهر و**قوله** وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان في رواية لا تعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفوا
للعطار وفي رواية قال الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحايك والحجام وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش
كالحجام والحايك والدباغ ووجه الروايتين ما ذكر في الكتاب وهو واضح **قال** رحمه الله واذا تزوجت
ونقص عن مهر مثلها اذا تزوجت المراة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى
يتم لها مهر مثلها والايفاء فيما وقال ليس لهم ذلك قال المصنف وهذا الوضع اي وضع القدوري

هذه المسئلة على الوجه انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك
شهادة صادقة فانه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يتسل ابليس لهم الاعتراض واقول هذا انما يستقيم ان
لو تعين هذا الموضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالزواج ولم يسم مهرا فعقدت
على هذا الوجه يصح وضع المسئلة على قول محمد الاول وكذا لو اكره المراة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال
الاكراه ووصفت المراة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الاول فلم يكن في هذا الموضع دلالة على رجوع محمد
الى قولهما والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح وقوله فاشبه الكفاة يعني في تعيير الولي والاوليا
لكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندب الى نقص الصداق دون ترك الكفاة وكذلك النبي صلى الله عليه
وسلم لم يضع بناته في غير الكفاة وزوجهن بادنى الصداق فانه ما زاد على اربع اواق ونش اي نصف اوقية
ومهورهن كانت فوق مهور سائر النسا لان الزيادة بقدر الشرف ولم يزل الشرف فكان بقريش فلا مشابهة
بينهما والجواب ان وجه التشبيه ما ذكرنا من تعيير الاوليا وهو موثر في الباب واما ان لا يكون بين المشبه
والمشبه فرق بوجه من الوجوه فلم يشترط احد من دون التفضيل وقوله بخلاف الابرا بعد التسمية
جواب قولهما انما بعد التسمية وذلك لان الاوليا لا يتسعلون باستيفا المهور عادة وربما يعدونه ضربا
من اللوم في العادات وقوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ظاهر وقوله ومعنى هذا الكلام
انه لا يجوز العقد بناء على ان هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز عندهما الحط والزيادة الا بما يتغابن
الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل التسمية وفسادها
لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا او تزوجها على خمر او خنزير وقول بعض مشايخنا وقالا معناه ان نفس النكاح
لا يجوز وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمصنف لان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا
نظر فيما اذا حط عن مهرها وزاد على مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش وباكثر
او اشترى منها بذلك ولهذا الاب لا يملك غير ذلك مما ذكرنا والاصح حقيقة ان الحكم يدار على دليل النظر نفي بره
النظر والضرر في هذا العقد باطنان لكن للنظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية وهو موجود ههنا
فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطنان لان المقصود
منه ليس حصول المال بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان فيجوز ان يكون
نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون فكان النظر والضرر باطنين فادير الحكم على الدليل بخلاف
البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مسائلها شي يعتبر بمقابلة الغبن الفاحش حتى يقع
التردد بين النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل الدال على النظر معدوم وقوله ومن زوج ابنته
نظير تلك المسئلة في التزويج بغير كفو ظاهر

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه
كانت ان يذكرها في باب الاوليا في فصل على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي
وقوله ويجوز لابن العم صورته وتخريجها والمذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليلي زفر والشافعي لاشتراكهما
في معنى وهو ان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا للشي الواحد في زمان واحد واستثنى الولي للشافعي لان
مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة تعويلا على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من هو
كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا او متملكا لانه لا تمانع في المعبر بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق
كذا وانما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفا والاستيفا وهي لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر
بخلاف البيع لانه مباشر حتى ترجع الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجته يتضمن الشطرين اي شطري
اي الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام الاثنين قامت عبارته الواحدة ايضا مقام عبارتين

فلا

فلا يحتاج الى القبول وقوله وتزويج الامة ظاهر وقوله مجيزا اي قابلا يقبل لا محالة سواكانت
فضوليا اخر او وكيلا او اصيلا وقوله العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الاصلية هو الحكم على اثبات
الحكم والاتحاف للناس بملك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن فاذا كان كلامه لغوا
ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى محله وهو
الانثى من بنات ادم عليه السلام وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة
فينعقد موقوفا فان راى فيه مصلحة نفذه والا ابطله وقوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله
لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يتقدم بل تاخر
الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط
الخيار وقوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين
ان الاولى لا مجيز لها فلا يتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم ان شرط التوقف وجود المجيز
وقوله وهذا اي مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها
فبلغه يعني الغير مجيز فاجاز جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي في هذه المسائل
ثلث منها تتوقف على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان
وقبل عنه فضولي اخر او قال لرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فاجاب فضولي وقال زوجتها
منك او قالت المراة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عنه فلان فضولي يتوقف العقد على
الاجازة في هذه الفصول الثلاث بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون ثمانية
موقوفا على الاجازة في هذه الفصول الثلاث بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون
ثانيها موقوفا على الاجازة وفي ثلاث منها اختلاف احدها ما ذكر اولا وهو قوله ومن
قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المراة زوجت نفسي من فلان بن
فلان وهما غائبان ولم يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على اجازة الغائب وهو قول ابي
يوسف اولا وعلى قوله الاخر يتوقف هو وقول الفضولي من الجانبين لو كان مامورا من الجانبين
نفذ فاذا كان فضوليا يتوقف لان الكلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن
ابتدا فكذا باعتبار الاجازة منها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق
والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خلعت امراتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت
فقالت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل
الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة حتى ملك الرجوع
قبل قبول الاخر ويبطل بالقيام قبل قبول الاخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند
الغيبة لان الدال على ذلك الحي هو الصفة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما ورا
المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينقل كلامه الى العاقدين فيصير كلا
وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واخواته
اي الطلاق على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل
الرجوع واليمين يتم بالحالف وكان عقدا تاما وانما قال من جانبه ولهذا كان لازما لا
يقبل الرجوع واليمين يتم بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها
معاوضة على ما سيجي وقوله ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه اثنتين لا يخلوا
اما ان يكون التوكيل بامراة بعينها او بغيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ما ذكره واضح

وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احديهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المامور ممتثل امره فى احديهما ولا يبعد ان يكون احديهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امراتيه ثلاثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشروط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت فى المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق فى الاول وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها فى عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي و **قوله** ومن امره امير فقيد بالامير وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف اذا امر رجل امرا فزوجه الوكيل امة او صرة عميا او مقطوعة اليدين او رتقا او نحو منكوحة او مجنونة تماما الاتفاق واما ما قيل فيه بان ذلك ليظهر الكفاءة فانها من جانب النسا للرجال مستحسنة فى الوكالة عندهما وقيد بقوله امة لغيره لانه لو زوجه امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه فى الدليل بقوله وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ فان لفظ امراة يطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امراة يقع على الحرة والامة جميعا و **قوله** وهو التزوج بالاكفا قال الكسائى فى ذلك المسئلة على ان الكفاءة تعتبر فى النسا للرجال ايضا عندهما وكذا ذكره فى الاصل قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر ويتزوجون الاما للتسهيل وهو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من اللفظ وبيانه ان العرف على نوعين لفظي نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال عند العرب بالابل وعلى اي العرف من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا كالجديد يوم العيد وامثاله فلا يصلح مقيدا لاطلاق اللفظ لان اطلاق اللفظ تصرف لفظي نحو الدابة يقيد لفظا بالفرس والمقيد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذى يرد ان عليه و **قوله** وذكر محمد يعني محمد فى وكالة الاصل اشارة الى ان ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما فى الوكالة لما ذكر فى الكتاب وهو واضح

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع فى بيان المهر لانه حكمه فان لها مهر المثل يجب بالعقد وكان حكما له والمهر هو المال يجب فى عقد النكاح على الزوج فى مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسام المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف لاحد فى صحة النكاح لا بتسمية المهر قال الله عز وجل فانكحوا والنكاح لغة لا ينبي الا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين ولو شرطنا التسمية فيه ازددنا على النص فان قيل المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح فان قيل هذا دعوى ولا بد له من دليل قلت دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا فى النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين و **قوله** وفيه اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك يعني لا يجوزه قال لانه عقد معاوضة ملك منفعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه فالبيع بشرط ان لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لا يكون مهر والقياس على البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود فى المتعة كما سيجيء قلنا

دلالة حديث ابن مسعود على جواز ان ينفى المهر كدلالته على جواز ترك ذكره ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا فى البيع لانه حقه شرعه الله تعالى لها صيانة ليحتنعها عن الابتذال مجانا فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه الصلوة والسلام ولا مهر اقل من عشرة انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ما قبله فى الحديث وهو ما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا لا تزوج النسا الا الاوليا ولا يزوجن الا من الاكفا ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفى حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع فى اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من اوجه الاول انه خبر واحد فلا يجوز تقييد الطلاق **قوله** تعالى ان تبتغوا باموالكم به لانه نسخ الثاني انه معارض بقوله عليه الصلاة والسلام بما روى ان عبد الرحمن بن عوف جا الى النبي صلى الله عليه وسلم وبه اثر صفرة واخبره انه تزوج فقال عليه الصلوة والسلام لو بعث اليها فقال وزنه نواة من ذهب فقال عليه الصلوة والسلام اولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلثة دراهم وثلث وبما روي ان امراة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام لا حاجة لنا اليوم بالنسا فقال رجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام هل عندك شي تصدقها فقال فقال ما عندي الا ازاري فقال عليه الصلاة والسلام الا فالتمس شيا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيا فقال عليه الصلاة والسلام هل معك شي من القران قال سورة كذا وكذا فقال عليه الصلاة والسلام زوجتكها بما معك من القران الثالث ان هذا الحديث متروك العمل فى حق الاوليا فيكون فى حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل ببعضه دون بعض فتحكم محض والجواب عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى ان تبتغوا مالا مقدرا وبين الحديث مقداره وهذا لان كلمة قد علمنا ما فرضنا عليهم فى ازواجهم لان الفرض بمعنى التقدير فكان المراد باموالكم فى قوله تعالى ان تبتغوا الا مقدرا وبين الحديث مقداره هذا لان كل مال وجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذلك المهر وعن الثاني بان الاحاد تدل على ما يعجل بالسوق اليها اما فى حديث عبد الرحمن فلانه مفوض به واما فى الحديث الاخر فلانه امر لذلك الرجل بالالتماس وذلك غير مقدر عندنا وليس كلاما منافيه وانما الكلام فى الذي ثبت فى الذمة وعن الثالث بما ذكرنا ان عائشة عملت بخلافه ولو لم تعرف نسخه ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ فى الاوليا دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل الذي قام عليه دليل النسخ بما لم يقم ولا التحكم و **قوله** ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم فى ازواجهم على ما عرف فى الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة عندنا وقال زفر مهر المثل لان تسميته ما لا يصح مهرا كالعدامه كما فى تسمية الخمر والخنزير وهو القياس ووجه الاستحسان ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة ولم يجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضي بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهما ووجبت المتعة عنده كما اذا لم يسم شيا و **قوله** ومن سمى مهرا عشرة اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت اما بالدخول فلانه يتحقق تسليم البدل وهو البضع وبه اي بالتسليم قبل ذلك لم يكن متاكدا لكونه على عرضية ان يهلك المبيع فى يد البائع او ينفسخ العقد وبتسليمه يتاكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر على عرضية ان يسقط بفعل الزوج ابن الزوج والارتداد والعياذ بالله وبالدخول تاكدا واما الموت

فلان النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قليلا للرفع والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيجب
ان يتقرر جميع مواجبه الممكن تقريرها للوجوب المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب
وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعدها فانهما لم يتقررا بموت النكاح
واما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة وبعد له حله من قوله قال طلقها قبل
الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد
فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله والا
يفسد متعارضة جواب عما يقال ينبغي ان يسقط الكل لان الطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه
سالما اليها فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم تقايلا ووجهه ان الاقيسة متعارضة فقياس
يقتضي ذلك كما ذكرت وقياس يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري فاتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض
القياسان وجب المصير الى النص وفيه بحث من اوجه الاول الواحد لا وجود له عن مخالفة
النص فضلا عن الاقيسة والثاني ان التعارض اذا ثبت من الجنبين كان المصير الى ما بعدهما
لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة ولم يترك
بل يعمل المجتهد بايهما شاء واجيب عن الاول بان ذكر معارضة القياسين ههنا ليس
لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما او لمخالفة كل منهما
النص فصار كانه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول
فانا لو خلينا بمجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس
من غير نظر الى النص لزم ترك احد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب
عن السؤالين الاخرين فانه لما لم يكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض
والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض هذا احسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث
وهو كما ترى وقوله وشرط ان يكون قبل الخلوة قد ظهر مما تقدم قال وان تزوجها
ولم يسم لها مهرا المفوضة والتي شرط في نكاحها ان لا مهر لها فلها مهر المثل ان دخل بها
الزوج او مات عنها وكذا اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثر اصحابه
على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فيتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه
انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء دون
النفي لانا لا نسلم انه لا يلي في التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه ولو طلقها قبل الدخول
بها فلها المتعة لقوله تعالى فمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ووجه الاستدلال
ان الله تعالى قال لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس وفرض
الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه ايضا
وذلك كلمة على فهذه المتعة واجبة عندنا رجوعا الى الامر وغيره وفيه خلاف
مالك فانها عنده مستحبة في جميع الصور لان الله تعالى سماها احسانا بقوله تعالى حقا
على المحسنين واجيب بان ذلك مصروف الى التي لها مهرا او نصف مهر لئلا يعارض
الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر موكد لقوله متعوا والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف
ينصرف الى المستحب والاولى ان يقال وكلمة على في على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ومتاعا
وحقا وكلمة في قوله على المحسنين كلها تقتضي الوجوب وبالتبع ما ان يبطل الكل
لاجل لفظ الاحسان او تاوله ولا ارى ابعد لعرائنا ونل قلنا بان معناه على المحسنين

الذين يعملون الواجب ويزيدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلاثة اثواب من
كسوة مثلها درع وخمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز
وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن
عباس رضي الله عنهم وذلك لان المراة تصلي في ثلاثة اثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها
ذلك وقوله لقيامها مقام مهر المثل قال في النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف
مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا طلقها قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة
بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه
وقوله والصحيح انه يعتبر حاله هو اختيار ابي بكر الرازي عملا بالنص وهو قوله تعالى
على الموسع قدره اي على الغني بقدر حاله وعلى المقتر اي على الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة
اما ان تكون زائدة على نصف مهر المثل ولا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو
العوض الاصلي ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى خلفه وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر المثل وان
لم يكن فاما ان تكون مساوية له والا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص وان لم يكن
فاما ان يكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف
ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة دراهم وان لم يكن فلها المتعة بالنص فان
قيل نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل فتقييدها تقييد له وهو نسخ فالجواب ان قوله تعالى
قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهور
من يعتبر بمهره مهر المثل بيان لمقدار ذلك المقدار المجمل وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام
ولا مهر اقل من عشرة دراهم فكان معارضا لاية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق
بينهما فتامل ان كان ذلك القواعد الاصولية على ذكر منك وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا
على تسميه فهي لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى
قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض والمفروض يتنصف
بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا تعيين للواجب بالعقد
وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك اوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا اما مهر
المثل فلانه الواجب بعقد العقد لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان
كما اذا سمي لها مهرا ثم زاد لها شيئا فانه يتاكد على تقدير الدخول والموت لكنه يسقط مهر
المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما
تلا يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم الفرض في العقد لانه هو المتعارف وقوله واذا
زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا
تلتحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا ووعد المصنف ان نذكره في زيادة الثمن
والمثمن ونحن نتبعه في ذلك وقوله لان التنصيف عندهما مختص بالمفروض في
العقد يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعد العقد كالمفروض
فيه عملا بظاهر قوله فنصف ما فرضتم من غير فصل وقوله على ما مر يعني في المسألة
المتقدمة قال رحمه الله واذا خلا الزوج بامراته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة
الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي فانه يقول لها نصف المهر لان
المعقود عليه وهو منافع البضع انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتاكد المهر دونه لان

الناكيد انما يكون بتسليم البدل وتسليمها بالوطي ولم يوجد ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدورا وفا لمقدور للمراة تسليم البدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فتاكد حقها في البدل كما في البيع فان التخليه فيه برفع الموانع بتسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما ما ذكر ان المعقود عليه انما يصير مستوفا بالوطي فصحيح لكن ذلك نسلم وليس ذلك في قدرة المراة فلا يكون مخالفة بذلك و**قوله** وان كان احدهما مريضا بيانا لما يكون مانعا على الخلوة حسيا كان او شرعيا و**قوله** وقيل مرضه حاصله الا المرض في جانبها متنوع بلا خلاف واما المرض من جانبه فقد قيل ايضا انه متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السوا **قال** الصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قال المصنف مرضه لا يتعدى عن تكسر وفتور و**قوله** وان كان احدهما صايما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار اعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه القضا على تقدير الافساد فلا يكون الخلوة كما في قضا رمضان **واجيب** بان لزوم القضا في التطوع عندنا الضرورة صيانة المودي عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعدو الى فساد الخلوة بخلاف قضا رمضان فان لزوم قضايه ليس لذلك بل هو فرض مطلق فكان امره عاما و**قوله** وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر فعالتصريح عنها هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة وهو ان صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنعه عن الوطي شرعا لما فيه من ابطال العمل المونر و**قوله** واذا خلا المجبوب المجبوب هو الذي استوصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لانه اعجز من المريض لوجود الة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الالة وجود اسباب الوطي اذ الاصل السلامة في الوصف ايضا فيدار الحكم عليه ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق السحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد اتت بما وجب عليها واما عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة في جميع هذه المسايل يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فيدل عليه ان الزوجين لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله عليه السلام من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماه زرع غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه فلا يصدق المراة في ابطال حق الغير بقولها لم يطاني وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطاها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال لا يحتاط في ايجابه و**قوله** وذكر القدوري في شرحه اي في شرح المختصر الكرخي وكلامه واضح **قال** رحمه الله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول بها وقد سمي لها مهرا **وقال** الشافعي يجب لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى تقتضي ان لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها في قوله لكل مطلقة وهو نقيض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة وتقتضي ان لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب

وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والحصر وزاد الفقها وجامع الاسبيجابي وتقتضي ان لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي لانه استثناها من الوجوب وذكر في الحصر انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبل الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الى اخره وهي اختيار القدوري فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة واما الشافعي فله في المستثناة قولان في قوله القديم يجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر وفي الجديد لا يجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون ملموسة او لا فان لم تكن فاما ان يكون لها مهرها مسمى او لا فان لم تكن فهي التي وجبت لها النفقة وان كان فهي المستثناة التي لا يستحب لها المتعة وان كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى او لم يكن يستحب لها المتعة وعند الشافعي هي تنقسم الى واجبة والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت وهي دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقديره المتعة وجبت صلة من الزوج لايحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب لكل من اوحشه به فالمتعة تجب لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ معنى في هذه الحالة لعود ما لها اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تتكرر ولا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والفايدة تظهر في مسئلتين احديهما ان المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق لانها صلة بسبب الايحاش فتجب المهر لا ستيفا منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية ان المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم على ما عرف في الا... صول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل ولا نعني بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شي مضافا الى سبب ذلك الشي كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيا منه لا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول وبعض المفروض عنده قبله واعلم انه قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية وبقوله شيا منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية لانه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة مهر المثل فان قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى او بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وبقوله والمراد بقوله ولا شيا منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا تجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول بها من غير تسمية ولا تجامع شيا متصلا به بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول

ل

مع

وبعضه قبله ويكون قوله ولا شيا منه ملحقا بالباقي بالقياس المتقدم لانه من تتمته لانه لم يذكر في مقدما ته لكنه لما كان متصلا به الحق بحكمه ومعنى لا تصالب بين مهر المثل والمسمى ان كلا منهما يقبح امتثالا لما هو المثل عند الله وبيان له كما عرف في الاصول وبعض هذا قوله في اخر كلامه فلا يجب مع وجوب شي من المهر لتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في حل هذا المكان والله اعلم **وقوله** وهو عذر جواب عن قوله اوحشها بالفراق وتقريره سلمنا انه اوحشها بالفراق لكن لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل ما فعله باذن الشرع فلا يلحقه الغرامة بوجوب المتعة تناول المتاع من باب الفضل اي الاستحباب **قال** واذا زوج الرجل ابنته **م** اذا زوج رجلان كل منهما ابنته او اخته للاخر بشرطان فزوجه الاخر بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل وسمى هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الاخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليها نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا وكلما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير **وقوله** ولا شركة بدون الاستحقاق جواب الخصم وبيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المراة لا تصلح ان تكون مملوكة لامراة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **وان تزوج** حر امراة على خدمته لها سنة او على تعليم القران صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حر على باذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها تعليم القران والخدمة في الوجهين يعني سواء كان حرا او عبدا لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا استاجر شخصا على تعليم القران والاذان او الامامة جاز عنده فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر اخر او على رعي الزوج غنمها **ولنا** ان المشروع في عقد النكاح هو الابتغا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم والاية والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغا مشروعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها لا تبقى زمانين والتقوم يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء بها مشروعا وخدمة العبد ابتغا بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه الثلثة يمنع جواز النكاح على خدمة حر اخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا يستحق بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان تكون المراة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون الرجل خادما والمراة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف بخلاف خدمة حر اخر برضاه فانه يجوز ان يكون مهرا لانه تساوره فتنة كالمستاجر ولا مناقضة فيه على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد فانه يخدم المولى معنى حيث يخدمها باذنه وامره بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهرا لانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغا بالمال ويمكن ان يقال ذكر المصنف على المدعى دليلين احدهما قوله المشروع هو الابتغا بالمال **والثاني** قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر الحر نظرا الى الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المصنف تسامح لانه قال في الدليل ولنا ان المشروع هو الابتغا بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد داخلا في قوله ولنا فقوله فيتم على قول

محمد

محمد يجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا يستحق فيه اي لا يستحق الخدمة في النكاح بحال ولو كانت مالا لاستحقت لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال وذكر بعض الشارحين ان سماعه في هذا المكان بكلمة او وهكذا او لا يستحق فيه بحال وهو حسن لعنيين احدهما ان يكون كل واحد من قوله لان الخدمة ليست بمال **وقوله** ولا يستحق فيه بحال دليلا على وجوب مهر المثل فيكون الاول اشارة الى قوله ولنا ان المشروع هو الابتغا بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة الحر الزوج لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني ان قوله اذ لا يستحق فيه بحال لا دلالة له على ان الخدمة ليست بمال الا بما لعقبه من وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو لا يتم لان الخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت مالا لاستحقت فيه **قوله** لانه وجد المقتضي وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال بقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة مانع اخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة او ولقائل ان يقول قوله وعلى قول ابي حنيفة مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن ان يجاب عنه بانه اعادة تمهيدا لبيان التعليل بقوله وهذا اي وجوب مهر المثل لان تقومه للضرورة اي لان تقوم المسمى لضرورة حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجز تسليمه في هذا العقد لمكان التناقض لم يظهر تقومه فبقي الحكم للاصل وهو مهر المثل ولو قال فاذا لم يجز تسليمه كان اولى فتامل **قال** فان تزوجها على الف هذه المسالة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما ان يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا لها او لم يكن وكل واحد منهما على وجهين اما ان تهب المراة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو النقود دراهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه تنصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة هذا الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا اخر في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع احدهما على الاخر بشي وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم له المهر بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه فلا تبرا المراة عما تستحقه **وجه** الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب اخر وهو الابرا ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول

المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لاخر لك علي الف اجر الف درهم ثمن هذه الجارية
الذي اشتريتها منك وقال الاخر الجارية جاريتك ولي عليك الف لزمه المال لحصول
المقصود والتكذيب في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض
وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما علي صاحبه بشي عند
ابي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل ثم
وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان
هبة البعض اي البعض الذي لم يقبضه حط والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتدا
علي الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف
الصداق بلا عوض وقد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق كمن له علي اخر
دين موجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما اذا باعت من زوجها وقوله
والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما يلتحق باصل العقد
اذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج الي دفع الغبن عن احد الجانبين بالزيادة او الحط والنكاح
ليس كذلك واستوضح المصنف بقوله الا ترى ان الزيادة يعني ان الحط والزيادة سيان
في الالتحاق باصل العقد والزيادة في النكاح لم تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف الزيادة مع
الاصل بالاتفاق فكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فمثل ما
اذا تزوجها علي الف فوهبت المراة مايتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة يرجع عليها
بثلثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها باربع مائة درهم لانه عنده ما سلم
للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانه تزوجها علي ما قبضت فيتنصف المقبوض
وهو ثمانمائة درهم ولو كان تزوجها علي عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم
طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بنصف قيمتها لان الواجب فيه رد نصف عين المهر علي ما مر
تقريره يعني قوله لانه سلم له المهر بالابرا فلا يبرا عما يستحقه وجه الاستحسان ما ذكره
ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه وقوله ولهذا اي
ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها لم يكن الا ان تدفع شيا اخر
مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسئلة الاولى حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه
لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت شيا اخر مكانه جاز وبخلاف ما اذا
باعت يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر
بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو
تزوجها علي حيوان مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقه او عروض في الذمة بان قال علي
ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه حينئذ يجب الوسط مما سمي ويثبت دينا في الذمة
فيشبه النقود فكذلك الجواب يعني اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها
بشي قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الذمة يعني انها لو قبضته تعين
عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما تعين بالتعيين
واذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه
لان اختلاف السبب غير معتبر وان كان قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف
المهر ولا معتبر باختلاف السبب وقوله وهذا لان الجهالة الجنس لي جواز النكاح

بالحيوان

بالحيوان والعروض بلا تعيين والحال ان المقبوض متعين في الرد وتقريره بالجهالة تحملت في
النكاح وكل ما يحمله في النكاح لانا في النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح فاذا اشترط ذلك في العقد صح
ولا بد من تعيين ليتحقق الا بقاعدة الحاجة اليه فاذا عين في القبض صار كان التسمية وقعت عليه
ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين في القبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى
مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشي ان وهبته له وعدم
ولاية الاستبدال لان لم يتعين وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير قال واذا
تزوجها علي الف علي ان لا يخرجها من البلدة او علي ان لا يتزوج عليها او علي ان يطلق ولانه في النكاح
صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لان فيه المنع
عن الامر المشروع فان وفي بالشرط فلها المسمى لانه سمي ما يصلح مهرا وقد تقدم رضاها به وان
لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من الالف لانه سمي ما له فيه
نفع حتى رضيت بنقص المسمى عن مهر المثل فحصل فواته ينعدم رضاها بالالف فتكمل مهر مثلها
كما في تسمية الكرامة بان سمي مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما تتعب به
وكما لو سمي الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها علي الفين ان
اقام بها وعلي الفين ان اخرجها فصورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر انه ذكر مقابلة
شي واحد وهو البضع بدلين مختلفين علي سبيل البدل وهما الالف والالفان فتفسد التسمية
للجهالة ويجب مهر المثل لهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة
ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لا للجهالة
نشانه منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوجها علي الفين
ان كانت جميلة وعلي الف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسئلة
في فتاوى الولوالجي وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانه
لا يدري ان الزوج يخرجها او لا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المراة اما جميلة في نفس الامر
واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا
والمصنف لم يذكر وجوه الاقوال والحالة علي باب الاجارة علي احد الشرطين ولم يذكر هنا هذه
المسئلة وانما ذكر هذه المسئلة الخياطة علي ما سيجي ان شا الله تعالى ولو تزوجها علي هذا العبد
او علي هذا العبد اصل هذا ان الضمان الاصلي عند ابي حنيفة مهر المثل وانما يصار الي التسمية اذا صحت
من كل وجه ولم تصح بالجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى وانما يصار الي مهر المثل اذا فسدت من
كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والاعتاق علي مال وعلي هذا
الوجه فان الاوكس في ذلك متعين وما في الكتاب واضح وانما قال في مهر المثل اذ هو الاعدل لانه لا
يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشي لا يقبل الزيادة والنقصان بخلاف
التسمية لانه يقبلها وقوله الا ان مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير
اليه واجبا في الاحوال الثلاث ووجهه انه كذلك الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمراة رضيت
بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا برضاها وقوله والواجب بالطلاق
قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف الارفع فيما وجب فيه الارفع
مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل الدخول
في مثله وهو ما يكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه

فه

بالزيادة **قال** وان تزوجها على حيوان غير موصوف فصورة المسئلة ان تقول تزوجتك على حمار او على فرس
قال المصنف رحمه الله معنى هذه المسئلة انه سمى جنس الحيوان دون الوصف يريد انه لم يقل جيدا او وسط
او ردي الى غير ذلك من اوصافه ورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون مراده
من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ولم يبح به التسمية والحيوان يقال اراده
بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم **قوله** وقال الشافعي يجب مهر المثل لانه
وقوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال معناه ان في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى
المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال ابتداء يعني بغير عوض فلانه معاوضة
مال بغير مال فكان كالدية والاقارير حيث يلزم فيهما ايضا مال من غير ان يكون في مقابلته عوض
مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة في مثله متحملة كما في الدية
فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقارير فان من اقر لانسان بشيء صح اقراره
وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى مالا معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمراة
كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لانه
يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط حينئذ
لاختلاف معاني الاجناس فانه اذا قال على دابة لم يوجد نوعا متوسط فيلزمه **وقوله** وبخلاف
البيع جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه على المضايقة
والمماكسة اي المنازعة لانه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد باصل الجهالة
اما النكاح فمبناه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحش **وقوله** وانما يتخير متعلق بقوله
والزوج مخير ومعناه ان كل واحد من الوسط والقيمة حجة اصالة اما القيمة فلان
الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء واما الوسط فلان التسمية وقعت عليه
فيتخير بينهما ويجبر المراة على القبول بايهما اتى **وقوله** وان تزوجها على ثوب غير موصوف
يعني لم يذكر نوعا منه **وقوله** اذ الثياب اجناس يعني انها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها
وقوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو ان يوصله الى حد يجوز فيه عقد
السلم **وقوله** في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة ان الزوج يجبر على تسليم الوسط
وهو قول زفر لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن ابي يوسف انه ان
ضرب له اجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم وجه الظاهر ما ذكره انها ليست ذوات
الامثال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصار كالعبد وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه مثل
ان يقول تزوجتك على كر حنطة او من من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته
وان سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا
او مؤجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه **وقوله** وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز
ولها مهر المثل لانه شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه ان قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله
تزوجتك بشرط قبولك الخمر وهذا شرط فاسد والنكاح لا يبطله لان الشرط فيه لا يربو
على ترك التسمية اصلا وذلك لا يفسده فهذا اولى بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة
لان الشرط فيه بمعنى الربوا وهو يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى رد قياس مالك النكاح
على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض اخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير
بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عبدا بهما وقلنا لما لم يصح التسمية في نفسها لكون المسمى

لبس

ليس بمال اي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم يمنع وجوب غيره فوجب مهر المثل **قال** رحمه الله
فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فصورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم ان محمدا مع ابي
يوسف في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابي حنيفة في
ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة
في الفصول كلها والتسمية عند ابي يوسف في الفصول كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية
في الجنسين عند محمد والمصنف قدم دليل ابي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة
وقال فيه لكونها يعني الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ويحصل بها كمال التمييز لان
الاشارة الى الشيء وارادة غيره ممتنعة واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق
اللفظ وارادة غير ما وضع له واخر دليل محمد وكانه اشارة الى اختياره مذهبه ودليله
موقوف على تقديم مقدمتين احداهما ان المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي هي بالذات موجود
في الخارج يصح ان يكون مشارا اليه باشارة جنسه والثانية ان المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين
احاده امرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والذكية والذكور والاناث في
غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما اكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فان الفاصل
بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة في العقد فان المسمى والمشار اليه
من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسمية هناك لا تدل على ماهية اخرى وانما تدل على
صفة والصفة تبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار اليه لانه هو المشار اليه فلا
الصفة ولم يعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذ تدل على
ماهية بخلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه في استحقاق ان يكون مرادا ولا يكون تابعا له
لان المعتبر لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ في التعريف اذا كانا من
جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذات المشار اليه من غير دلالة على حقيقته
هذا الذي سنح الي في حل هذا المحل وازيدك بيانا وهو ان كل موضع دلت التسمية فيه على معنى
تحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت عاد حرا لعدم الوا سطه
وكذا في الميتة والذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار اليه
عند ارتفاعه لوجود الواسطة فيهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفع لا يلزم ان يكون خمرا لان
يجوز ان يكون عصيرا وكذا اذا ارتفع كونها جارية لا يلزم ان يكون عبدا لجواز ان يكون حرة وعلى هذا
اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه تعتبر الاشارة والاشارة الى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا فكان
تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان **ووجه** ابي يوسف ظاهر
وكذا وجه محمد لانه في الجنس الواحد يعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان
احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل والمصنف رحمه الله ذكر في دليل ابي حنيفة رحمه
الله **وقوله** لانه مسمى بناء على ما ذكرنا ان الاشارة ابطلت العبد الثاني **وقوله** ووجوب
المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل **اعتراض** على ما قال قبل هذا ولو تزوجها على الف ان اقام
بها الى ان قال وان اخرجها فلها مهر المثل وعلى ما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امراة على الف
درهم وعلى ان يعتق اباها فانه لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام المثل وهذا يدل لان ذكر المسمى
لا يمنع وجوب مهر المثل واجيب بان ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضا

علیه صح

ها

فيجب لها مهر المثل واما الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف على ما شرط غير ممكن لانه شرط على
خطر الوجود فلو لم يجب لها الى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما ههنا فيمكن
الوقوف على ما اشار اليه قبل النكاح بالتفحص فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها **قال**
رحمه الله واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد النكاح الفاسد مثل النكاح
بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها
وكلامه واضح و**قوله** هو يعتبر بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة
ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا
اصليا فاذا اعترض الفساد يرجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى مع منافع البضع بهذا
العقد هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى به ليس بمتقوم وانما يتقوم
بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولابد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا
الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك
مهر فبطل ما زاد عليه وهذا ان لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكون الزيادة على المسمى لا
تجب لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى فان **قلت** هل هذا الا تناقض لانكم سقطتم
اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتموها اذا نقصت منه وهي ان كانت فاسدة تجب
شمول العدم وان كانت صحيحة تجب شمول الوجوب قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة حيث
ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد
فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا نقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص
هذا الشرح وانما قيدت المستوفى بقوله هذا العقد لان الكلام فيه دليلا لا ينتقض بالمفوضة
فان المستوفى هناك ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد و**قوله** بخلاف البيع
جواب عن قياس زفر وهو واضح و**قوله** وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد اذا دخل
بها لما ذكر ان الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول فلابد من حقيقة الدخول لوجوب العدة
ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه و**قوله** الحاقا للشبهة بالحقيقة
اي الثابتة من وجه بالثابتة من كل وجه في موضع الاحتياط وكان قوله وتحرزا عن اشتباه
النسب تفسير للاحتياط بطريق العطف ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر
الوطآت وقال زفر يعتبر من اخر الوطآت حتى اذا وطي في النكاح الفاسد ثم رأت ثلاث حيض
ثم فرق القاضي تجب عندنا وعنده تكون عدتها منقضية و**قوله** هو الصحيح احتراز
عن قول زفر و**قوله** لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود ركنه من
الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعها بالتفريق و**قوله** التفريق في موضعين
يشير الى انه لابد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد
من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان
لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه
كما في البيع الفاسد فان لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه
قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض فاما ان يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد
منهما واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا رفعاه الى الحاكم و**قوله** وتثبت نسب ولدها
ظاهر مما تقدم و**قوله** ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله

وقال

وقال ابو حنيفة وابو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يوجد
من الصحيح والفتوى على قول محمد لان النكاح الفاسد ليس بداعي الى الوطي والاقامة باعتباره
اي اقامة النكاح مقام الوطي باعتبار ان النكاح داعي الى الوطي والنكاح الفاسد ليس بداعي اليه
فلا يقام مقامه وفي تعليل هذا اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة وابو يوسف رحمهم الله
قال رحمه الله ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها اعلم ان مهر مثل المراة يعتبر بعشيرتها
التي من قبل ابيها كالاخوة والعمات وبنات العم وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم امها
كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء واما قول ابن مسعود
رضي الله عنه لها مثل مهر نسائها وهي اقارب الاب لانه اضافه اليها وانما يضاف الى اقارب الاب
لان النسب اليه ولان قيمة الشي انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس
قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا ترى ان الام قد تكون امة والابنة تكون قرشية تبعا لابيها
ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج بابنة عمه فان امها وخالتها
تكون من قبيلتها و**قوله** لما بينا اشارة الى قوله وقيمة الشي انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه
و**قوله** ويعتبر في مهر المثل ظاهر و**قوله** باختلاف الدار اي البلد وحاصله ان مهر المثل
قيمة البضع وقيمة الشي انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن وقت التزوج
واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل
الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان
يصحان فيه فان **قلت** يجوز ان يكون مراده ان الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه
المهر للمراة قلت يبنو عنه قوله ثم المراة بالخيار وان كان في الصحة سواء وذكر في باب الولية من
شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير امراة فللمراة ان تطالب المهر من الزوج فيؤدي
الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس
للمراة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن و**قوله** ثم المراة بالخيار ظاهر و**قوله** ويصح
ابراؤه اي ابرا الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك قبضه اي يملك الاب قبض الثمن بعد
بلوغ الصغير و**قوله** وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض
الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز فكذلك
فكذلك في الاب و**قوله** وللمراة ان تمنع نفسها اذا تزوج على مهر فاما ان يكون المهر كله
معجلا او موجلا او بعضه معجلا وبعضه موجلا فان كان الكل معجلا تاما ان دخل بها او لم
يدخل فان لم يدخل بها فلا كلام فللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر ولها ان تمنعه عن اخراجها اي للسفر
لتعيين حقها في البدل وهو المهر كما تعين حقه في البدل وهو البضع وصار كالمبيع
في البيع ان يحبس المبيع حتى ياخذ الثمن لتسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج ان يمنعها
من السفر والخروج عن منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء
المستحق وليس حق الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل بها فقد ذكره وان كان الكل موجلا فاما ان
دخل بها او لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف ابي
يوسف **قال** رحمه الله موجب النكاح عن الاطلاق تسليم المهر اولا عينا كان او دينا
لحبس قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه الى ان يوفي المهر بعد
حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع لا محالة الا ترى

امراة صح

ان البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم احد البدلين اولا فلم يكن المشتري راضيا بتاخير حقه
في البيع الى اذ يوفي الثمن و **قوله** لاسقاطها حقها بالتاجيل لطلاقه يشير الى انه ليس لها
المنع لا قبل حلول الاجل هو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان هذا العقد
ما اوجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذ لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة
رحمه الله ومحمد فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى و **قوله** وان دخل بها يعني في الوجه الاول
فلذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله يعني للمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك
اذا كان الدخول برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق
وعلى هذه الخلوة بها ان كانت برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط حقها بالاتفاق
وبنى على هذا استحقاق النفقة يستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندهما
لانها ناشزة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطية الواحدة وبالخلوة ولهذا
يتاكد جميع المهر وتسليمه حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع و **قوله** ولها انها منعت منه ما قابل
البدل جاز ان يكون مناقضة وتقريره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه
بالوطية الواحدة فانها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم
واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز ان يكون معارضة وتقريرها انها منعت منه
ما قابل البدل لان كل وطية تصرف في البضع المحترم والتصرف فيه لا يخلو عن البدل
ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح و **قوله** والتاكد بالواحدة جواب عن قولهما
ولهذا يتاكد بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا وبعضه موجلا كان لها ان تخرج
قبل اذا المعجل فاذا ادى لم يكن لها ذلك الا باذنه فان **قلت** قال سموا المهر ساكتين
عن التعجيل والتاجيل ماذا يكون حكمه **قلت** يجب حالا وقد اشير الى ذلك في دليل
ابي يوسف انفا فيكون بحكمه حكم ما شرط تعجيله واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه ابي
الليث لان الغريب يوذي قال ظاهر الدين المرغيناني الاخذ بقول الله اولى من القول بقول
الفقيه ابي الليث ورده بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله لان قوله من حيث سكنتم مخصوص
بدليل مستقل مقارن وهو قوله ولا تضاروهن وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة
سئل ابو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة
فقال ذاك تبوية وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بتبوية و **قوله**
رحمه الله ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما ان
يكون في حياتهما او يختلف الورثة بعد مماتهما او يكون بعد موت احدهما فان كان في حياتهما
فاما ان يكون قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف في اصل التسمية
او في قدر المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بالدخول او بعد
موت احدهما فالقول قول المراة الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج او ورثته
في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكلامه في تحرير المذاهب و **قوله** هو
الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول ابي يوسف ان المراد به ما يكون دون
العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده ان يدعي شيئا
قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المراة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع

ايضا

ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة القول قول المشتري الا ان ياتي بشي مستنكر
وليس في الثمن تقدير شرعا و **قوله** لا يصار اليه اي الى مهر المثل و **قوله** وهو قياس قولهما
اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما خصهما بالذكر لان عند ابي يوسف القول
قول الزوج في جميع الصور و **قوله** لان المتعة موجبة بعد الطلاق او موجب العقد
اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فتحكم المتعة بعد الطلاق
كمهر المثل قبله و **قوله** ووجه التوفيق اي بين رواية الجامع الكبير وبين رواية
المبسوط والجامع الصغير وهو واضح و **قوله** فالقول قوله يعني مع اليمين لان الاصل
في الدعاوي ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بالفي
درهم كما لو اقر لان النكول اقرار وان كان العين فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعي عليها
الحط وهي تنكر فان نكلت تقضى بالف درهم لانها اقرت بالحط وان حلفت يقضى لها بالفي درهم
الف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف والف باعتبار مهر المثل فان شاء هذا تخير
الزوج في هذا الالف ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة في الوجهين
اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمراة تقبل وان اقاما البينة في الوجه
الاول وهو ما اذا مهر المثل شاهدا للمراة تقبل بينته لانها تثبت الحط والاصل في هذا هو ان
البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهرا وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا لان الزوج
يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر والمراة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر وينبغي ان يقرع
القاضي بينهما في البداءة لاستوائهما فان نكل الزوج يقضى بالف وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحا
وان نكلت المراة وجب المسمى الف لانها اقرت بالحط وان حلفا جميعا وجب الف وخمسمائة الف
بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها دائما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضى بالف وخمسمائة
الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص
محمد في هذا الفصل ان بينة المراة اولى لانها تثبت الزيادة وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب
مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدا بيمين الزوج لانه اشدهما انكارا وان اقاما البينة
فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي
يتحالفان في الفصول الثلاثة على قول ابي حنيفة ومحمد وهي ان يكون مهر المثل شاهدا له او شاهدا
لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع
المصير الى مهر المثل واذا اختلفا تعذر التسمية فحكم مهر المثل قيل قول ابي بكر اصح لان تحكيم
المهر ليس لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي ان القول قول
من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الاخر كان
القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع الركب اما عندهما فلانه الاصل واما عند ابي يوسف
فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها
مهرا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما بين الحي وورثة الميت فالجواب فيه كالجواب
في حياتهما في الاصل والمقدار في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار
وعندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما الا ترى الى مسئلة المفوضة اذا مات
احدهما وعند قول الزوج او ورثته لما تقدم ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة
الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل خلافا لابي يوسف فانه يستثنيه كما تقدم وعنده

محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة يحكم مهر المثل وهو قياس قول ابي حنيفة لكنه تركه استحسانا
لما نذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من
انكره لا يحكم مهر المثل **قوله** لما نبينه من بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه
المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها
مهرا فلا شي لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه اي معنى قوله لورثتها المهر
في الوجهين المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول وهو
وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته اما بثبوته بالبينة او بالتصادق وقد تأكدت بالموت فيقضى
من تركته اذا علم انهما ماتا معا او لم يعلم ايهما مات اولا او علم ان الزوج مات اولا واما اذا علم انها ماتت
اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط
بالموت كما اذا مات احدهما وهو قياس قوله لكن استحسن فقال ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فيمهد من
يقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير الى وضع المسئلة في صورة التقادم وقد روي عنه انه استدل فقال
ارايت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشي وهذا
لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي
الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما بان يختلف مهر مثل هذه المراة يقضى
بمهر مثلها وللمشايخ طريق اخر وهو ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه
يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت
احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تأكد بالموت ومن بعث الى امراته
شيا ظاهر **قوله** فالقول قوله اي مع اليمين فان نكل والمتاع قائم فللمراة ان ترد وترجع بما بقي من
المهر وان كان هالكا لم ترجع **قوله** لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب
قوله وقيل ما يجب عليه انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف والملاة كان له ان يحتسب من المهر لان
ذلك يجب عليه **قوله** وغيره قبل جماع البيت **فصل** لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين
وهم الاصول في الشرايع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات احكام النكاح في الكفار واذا تزوج
النصراني نصرانية قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي والاولى ان يكون
اطلاقه ليتناول المستامن ايضا وذلك في دينهم اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال فليس
لها مهر وان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين
عند ابي حنيفة ووافقاه في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات عنها فلها مهر مثلها وان
طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في الحربيين ايضا فقال الشرع ما شرع ابتغا النكاح الا بالمال
لقوله ان تبتغوا باموالكم وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون
بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح ابتغاؤه بالمال على العموم
وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم وقالا اهل الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر
فلا يكون الحكم عليهم الا بالتزام ولا التزام الا بالولاية وقد انقطع الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل
الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم
فكان كالزنا والربوا فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولين سلمنا انهم لم يلتزموا الكل والولاية لان الالتزام
متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
كالصوم والصلاة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية

الالزام

الالزام بالسيف والمحاجة وليس بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم وما
يدينون فصار واكاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع الولاية **قوله** بخلاف الزنا جواب
عن قولهما كالزنا والربا وجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركون عليه
والربوا مستثنى عن عقودهم بقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد الا حرف
ننبيه لا حرف استثنا كذا السماع والنسخ **قوله** في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وقد
قيل في الميتة والسكوت روايتان يعني عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل فيهما وفي رواية
لا يجب شي وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واما على الرواية الاخرى وانما هو رواية الاصل فيحتاج الى
الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشترا
العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فان لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها
واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام من الروايتين
ووجه الرواية الاخرى ان احدا ما لم يتدين تقومها يدخل تحت قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون
فيجب حكم الشرع والاصح ان الكل على الخلاف فعنده لا يجب شي وعندهما يجب مهر المثل **قوله** فان
تزوج الذمي ذمية ظاهر **قوله** وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين او غير معينين
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين اي في المعين وغير المعين
وقال محمد لها القيمة في الوجهين قولهما انما جمع بين قولهما وان كانا يختلفان فيما بينهما حيث قال
ابو يوسف فيهما مهر المثل ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما
يتفقان في ان لا يوجبا عين الخمر والخنزير ان القبض موكد تملك في المقبوض ولهذا تنصف الصداق
بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شي الا بالرضا او
القضا واذا امر يوم الفطر والصداق عنده غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يجب صدقة الفطر
عليها بخلاف ما بعد القبض ولا يجب الزكاة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف
ما بعده والموكد للملك شبيه بالعقد بعد الاسلام لافادته ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب
الاسلام كما لو كان ابتدا التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا للشبهة العقد بحقيقته في الحرمات
وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه
في افادة ما لم يكن والقبض اذا كانا بغير اعيانهما يمنع عن نفسها فكذلك فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد
واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر
المثل فكذلك هاهنا ووجه محمد ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين
يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج
فيه الى القبض للتملك وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك اي الانتقال لا يمتنع
بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك
لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير
قوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين الى اخره يعني بخلاف ما اذا
ما اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد
لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه **قوله** واذا تعذر
القبض في غير المعين ظاهر **قوله** ولو طلقها الى اخره بعني على قول ابي حنيفة في العين لها
نصف العين وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا

ط

وجه صح

تسليم صح

بر

يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف لها المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان من له اهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهرة لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما العبد ففيه خلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون اذنه فانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق بسبب النكاح ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود واخرجه الترمذي قال هذا حديث ولان في تنفيذ نكاحهما تعيبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى عبدا او امة فظهر متزوجا جاز له ان يرده وليس لهما تعييب انفسهما بغير رضا المولى فلا يملكانه بدون اذنه وفي هذا التعليل جواب لمالك فان الطلاق ازالة للعيب ولا يلزم من جواز ازالة للعيب جواز تعييبهما انفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان الوجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما وعلى قول ابي حنيفة بمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيهما فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه الاصول

قوله وكذلك المكاتب ظاهر **وقوله** لما بينا يعني قوله لانه من باب الاكتساب **وقوله** فالمهر دين في رقبته يباع فيه لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل المصنف بقوله لانه هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة يباع الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته واما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة فيباع الرقبة في المهر كما يباع فيه **وقوله** دفعا للمضرة عن اصحاب الديون يعني النساء **وقوله** فليس هذا باجازة لانه اي **وقوله** طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة الا ترى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كانت متاركة واذا احتمل الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد **وقوله** او هو ادنى الرد لانه دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك ومبنى الافتيات على رأي المولى وقال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النساء لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان اصلا في اثبات الاهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء كالايمان في الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية له **وقوله** ومن قال لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهر وان تقييده بالاشارة والامة اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الاماء كذلك ويبتني على الاصل

المذكور وجهان احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني انه اذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند ابي حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجه الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف انه ما تزوج امراة في الماضي وكان تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط **وقوله** كما في البيع يعني اذا امره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد **وقوله** على هذه الطريقة يريد طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قولهما اعدل فالعذر لابي حنيفة انه مبني الايمان على العرف ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امراة جاز والمراة اسوة للغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكره بقوله ووجهه ان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء بالابطال مقصودا منتف واذا تحقق المقتضي وانتفى المانع ثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المانع به انما تحقق بذلك واما اذا كان ضمنا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالادمية وحق الغرماء لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة فبمهر مثلها اسوة للغرماء واما اذا كان اكثر منه فلا تشاركهم بل يؤخر الى استيفاء حقهم كدين الصحة مع دين المرض **قال** رحمه الله ومن زوج امته بوأت للرجل منزلا وبوأته منزلا اي هيأت ومكنت له فيه ومن زوج امته فليس عليه ان يبوءها ان تنفيها بيتا للزوج بيت اليها لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها وانما قال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها والابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال للكثير فله ان يبوءها وان لا يبوءها وان يستخدمها بعد التبوية لكنه يسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان قيل الاحتباس انما هو لنفاذ حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق فاجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لذلك كان التفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء المهر وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بواها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك **وقوله** ذكر تزويج المولى يعني ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى حرف هنا ان للمولى اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ **وقوله** لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا وجد ربما يبلغ الحد مهلكا او جارحا ففي الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد في الزنا فله ان يرده فيملك الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك والنقصان وليس المناط في جواز نكاح الامة جبرا ملك منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المراة ولا يقدر على تزويجها والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو ان المولى اذا زوج مكاتبة الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما يبتني على الكتابة ثم انها لو ترد حتى ادت

بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة
وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة قال في النهاية وهذه من الطف المسائل واعجبها
حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حال رقها ولم يعتبر في حالة العتق لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته
ثم ماتت قبل الدخول بها فانه ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها اجنبي فكذلك
وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا مهر عليه للمولى قالا المقتول ميت باجله
عندنا اهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل
كما اذا ارتدت الحرة لجازى بمنع المبدل عند تسليمها المبدل وفي قوله يجازي اشارة الى الجواب عما
يقال الصغيرة اذا ارتضعت من امرأة زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا
المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من اهل المجازاة ونوقض بالصغيرة
العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم تبق في الصغر المجازاة واجيب بان ترك
مجازاة الصغيرة انما يكون على افعال غير محظورة في حقها والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل
انها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس و **قوله** والقتل في حق احكام الدنيا جواب عن قولهما
لان الميت مقتول باجله وان قتلت نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبر الردة
و قتل المولى امته لما بينا من الجامع انه منع المبدل قبل التسليم و **قوله** ولنا ان جناية المرء ظاهر
و **قوله** حتى تجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطأ وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليه دين واذا
تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى في هذه المسئلة دلالة على جواز العزل وسئل ابن مسعود رضي
الله عنه فقال لا باس به ولو ان الله تعالى اخذ ميثاق نسمة فلو القيتها في صخرة علق فيها وروى ابو سعيد
الخدري عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وهو ثلاثة اقسام عزل عن امته المملوكة ولا اذن فيه الى
احد وعزل عن المرأة الحرة والاذن في العزل اليها وهذان بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن
اختلاف كما ذكر في الكتاب وهو واضح وان تزوجت باذن مولاها او زوجها مولاها فلها الخيار ان شاءت
اقامت معه وان شاءت فارقته وان كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي اذا كان عبدا فلها الخيار وان
حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روي عن عايشة رضي الله عنها لما ارادت ان تعتق مملوكين لها
متناكحين سالت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فامرها بالبداءة بالغلام قال وانما امرها بذلك كيلا
يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا ان عايشة رضي
الله عنها اعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فالتعليل
بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله سهى
فسجد فالشافعي رحمه الله محجوج به فان قيل ويحصل السنن باسناده الى عبد الرحمن بن
القاسم عن ابيه عن عايشة رضي الله عنها ان بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها
عبدا وروى ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا
فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرها ان تعتد فانى يكون الشافعي محجوجا به قلت
روى البخاري ومسلم وابو داود ايضا والنسائي والترمذي وابن ماجة واحمد رحمهم الله ان بريرة
اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت العلل واثبات تركناهما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما
ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بان المثبت اولى من النافي فليطلب ثمة
و **قوله** ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان عدة الطلاق عنده معتبرة
بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حرا واجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي

علي

علي ما يجيء فيلزم عليها الزيادة وان اعتقتهما ان كان حرا ولا نسلم ان امرها عليه السلام بالبداءة
بالغلام لذلك وانما كان لاحتياط رعاية فضيلة الرجال على النساء فانهما لو اعتقتهما معا لثبت الخيار ايضا
عنده وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الا ترى ان
الزوج ان اعسر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين
الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت كان لها الخيار سواء كان
الزوج حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر لا خيار لها لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ
العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها
ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها اما
صحة النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونهما من اهل العبارة
وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق
فلا يتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خص الامة بالذكر
لتبنى عليها لانه مختص بالاماء دون العبيد و **قوله** فان كانت تزوجت بغير اذنه ظاهر وانما قال في صورة
المسئلة بان المسمى الف ومهر المثل مائة ليعلم ان المسمى والزائد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل
العتق وكان ينبغي ان يكون ما يوازي به مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه
دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله
والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجوب
المسمى للمولى ان اعتقها بعد الدخول والامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت
العقد والمانع عن الاستناد قائم لان المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا الا ترى
ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها فبعد ذلك تزوجت بغير اذن المولى فدخل بها
ثم اعتقها المولى لا يحل على زوجها الاول باعتبار ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي
كان قبل العتق اجيب بان ما ذكرته قياس فان القياس هو ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل
نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد الا انهم
استحسنوا فقالوا لا يلزمه الا مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم
العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر اخر بالعقد يجمع
بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ما ذكره
السائل لم يزل والاولى ان يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك وانما هو الحاجة الى الصيانة
عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا و **قوله**
ولهذا لم يجب مهر اخر بالوطي في نكاح موقوف الى اخره واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة
بان امتناع حلها على زوجها انما كان لان الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي والمستوفى بالوطي
متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسالة الثانية وهي قوله ان لم يدخل بها حتى اعتقها
فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد يجب ان يكون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم
يدخل بها الزوج حتى اعتقها اجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا اختلاف وههنا يختلف لان المستحق
زمان الثبوت هو الامة وزمان العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة امتنع
اسناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا
الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت و **قوله** ومن وطئ امة ابنه ومن

وطي جارية ابنه فولدت منه ولدا فهي ام ولد له وعليه قيمتها دون المهر وانما قال
ومعنى المسألة ان يدعيه الاب لان محمدا لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير ووجهه ان للاب ولاية
تملك مال ابنه للحاجة الى البقا لما ورد عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
ولد الرجل من كسبه فكلوا من اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال ابنه
للحاجة الى البقا فله ولاية تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء لانه قيل لو كان صيانة الماء كابقا النفس
لما وجب عليه القيمة كما في الطعام اجاب بقوله غير ان الحاجة الى بقا نسله دونها الى
ابقا نفسه ولهذا لا يجبر الولد على اعطا الجارية والده للاستيلاد لكونه غير ضروري فلهذا يتملك
الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان عورض بان الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة او حق الملك كما في
المكاتبة وليس شي من ذلك موجودا اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح
يعني للاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه كما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج
بها فلا بد من تقديمه لانه بعد ما علق الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب ولا
ثبوت له بدون ذلك فقدمنا اقتضا تقديم الشرط على المشروط واذا قدمنا كان الشرط الوطي واقعا في ملكه
فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه
يسقط الاحصان بهذا الوطي ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة فانه اذا
استولدها وجب عليه العقر والمسألة معروفة يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها ان الملك عندنا
يثبت قبل الاستيلاد شرطا وعنده بعده حكما له والذي ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا
على ان استيلاد الاب جارية ابنه صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطي في الملك حتى لو خلا عنه اصلا لم يصح كما
في جارية الاجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وعورضنا بالجارية
المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك وذلك
يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطي وبانه اذا وطيها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما
وجب عن الاولى بانا نقدم الملك تحرزا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكما وفي تلك المسألة
نوع من الملك قبل قائم فلا احتياج الى تقديمه وعن الثانية بان اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة
فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالثة بان تقدم
الملك اجتهادي فكان فيه شبهة تندري بها الحد ولو كان الولد زوج جاريته اباه اي اباه فولدت
لم تصر ام ولده ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر وصح التزوج عندنا وقال الشافعي لا يصح
لان للاب حق الملك في مال ابنه حتى لو وطي جاريته عالما بحرمتها عليه لا يلزمه الحد وكل من له حق الملك
في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه لان حق الملك في مال ولده لظهر
الاثر كان استيلاده في جارية الابن صحيحا واستيلاد المولى امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة
الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدليل انه حل الوطي ونفاذ العتق وصحة البيع
والرهن والهبة ومن المحال ان يملكها الاب بوجه من الوجوه والا لما كان الابن ملكها من كل وجه
وذلك خلف باطل وكذا يملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفا
ملكه و الا انه يسقط الحد للشبهة جواب عن قول الخصم لو وطي جاريته عالما بحرمتها عليه
لم يحد ولم يذكره في الكتاب واذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا
به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا تصير ام ولد له وقال زفر تصير ام ولد له لانه لو

لم صح

استولدها بالفجور صارت ام ولد له فاذا استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد له ولنا
ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلا احتياج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء
و **قوله** ولا قيمة عليه فيها ظاهر و **قوله** واذا كانت الحرة تحت عبد واضح الا الفاظا ينبه
عليها و **قوله** لصحة العتق عنه اي عن الامر و **قوله** اعتق طلب التمليك منه تقديره اعتق عبدك
الذي هو لك في الحال عني بيعك لي اياه بطريق الوكالة عني فيكون امرا باعتاق عبد الامر عنه
و **قوله** اعتقت يكون بمعنى بعته منك واعتقته عنك فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع
العتق عن الامر المامور بالانفاق فكيف يكون المقتضي اقوى من المصرح به اجيب بان الشي قد
يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنبية في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت
الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى
امته ولا المراة عبدها فان قيل يجب ان لا يبطل النكاح ههنا لان ثبوت ملك اليمين لوجهين احدهما
ان الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضا والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى
الى فساد النكاح والثاني ان الملك ههنا كما يثبت يزول حكما للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشرى
اذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لانه لم يملك كما ثبت اجيب عن الاول بان الشي اذا ثبت
ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني ان الملك
يثبت للموكل ابتدا وهو مختار شمس الايمة والظاهر الدباس فلما ان الملك يثبت للموكل لكن انما لا يفسد به
النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك و **قوله** لانه يعني ابا يوسف
يعد من التمليك بغير عوض هبة تصحيحا لتصرفه اي لتصرف الامر لما ان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد
امكن ههنا باسقاط اعتبار القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان يمكن
باسقاط الشرط اولى فكان كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل يسقط عنه الكفارة
من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض وبغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله
صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضا و **قوله** اسقاطه
ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض كما يسقط القبول والثاني ان يجعل
القبض موجودا تقديرا و **قوله** لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن
قوله اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فبقاله لانه فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن
اعتبار سقوطه بخلاف البيع لانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه و **قوله** وفي تلك المسألة اي في مسألة
الامر بالاطعام الفقير ينوب عن الامر في القبض كالفقير في باب الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا
لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شي لان الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقرير هذه المسألة يطلب في التقرير والله اعلم

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو ادون منزلة واخس منهم رتبة وهم اهل الشرك الذين
لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جايز ثم اسلما اقرا عليه فيد بعدة
كافر لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا يجوز
للمسلم نكاح المشركة حتى يكون في عدته ويجوز ان يتصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة
المسلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام
والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول وهو التزوج بغير شهود كما قال ابو
حنيفة وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر كما قال زفر قال زفر الخطابات كقوله صلى الله عليه

وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه كما مر من قبل فنلزمهم وانما لا يتعرض لهم لانا امرنا باعراضا كما نتركهم وعبادة الصنم
اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قايمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم
بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولنا ان الحرمة المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير
شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه ولو لم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكنا لا نتعرض لهم
لمكان عقد الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم واما اذا
كان الاسلام والمرافعة بعد انقضايها فلا يفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكون
نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة اما ان يكون للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون
بحقوقه ولهذا لم يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع على ذلك
الفرض فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدوره الركن من اهله مضافا الى محله
وانتفاء المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لان المانع يتحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداء لا يرتفع
بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة ليس شرطا فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح
وكذا العدة لانا في حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة يجب عليها العدة صيانة لحق الواطي ولا يبطل
النكاح القايم وهذا كما ترى يشير الى ان العدة لا تجب عن الكافر وهو الاصح وقال بعضهم تجب لكونها
ضعيفة لا يمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة
الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا يستلزم الشروط ولا ينافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى
محارمه او خامسة ثم اسلم احدهما او ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا
بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان النكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة
واذا اسلم وجب التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما
ذكرنا ان الحرمة اما ان تكون للشرع او للزوج الى اخره و **قوله** في الصحيح احتراز عن قول مشايخ
العراق ان له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء و **قوله** لان المحرمية
جواب عن هذا التشكيك ووجهه ان المحرمية تنافي بقاء النكاح على كمال واعترضت على نكاح المسلمين
برضاع او مصاهرة فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر ثم باسلام احدهما كاسلامهما في
جواز التفريق فكذلك برفع احدهما يكون كرفعهما لانه برفعه ابقاء لحكم الاسلام كما اذا اسلم واما عند
ابي حنيفة فلا يفرق برفع احدهما لان الاخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل
بمرافعة الاخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام
المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا فلابد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما
ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته و **قوله** ولا
يجوز ان يتزوج المرتد واضح و **قوله** للمصالحة يريد به السكن والازدواج والتوالد والتناسل
و **قوله** فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه فقيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود
لنكاح المسلمة مع كافر اي كافر كان واجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المراة
ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد حتى جاءت بولد و **قوله** والتنافي في النظر فيه اي في جعل الولد
تابعا للكتابي للتعارض فجعله تبعا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمة
ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم ونحن بينا الترجيح وهو قوله لان فيه
نظرا له فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن اين تقوم
الحجة قلت ترجيحنا يدفع التعارض ترجيحه يرفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع

لان

لان كم من واقع لا يرتفع قال واذا اسلمت المراة وزوجها كافر اطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح
المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح
وقوله كما في الطلاق يريد ان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء
العدة قوله الى انقضاء ثلث حيض ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه كان الشافعي رحمه الله
يقول ينبغي ان يتاجل عندكم الى انقضاء ثلث حيض ويجوز ان يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم
يعتبر فيها يعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت وتقريره باسلام المراة
او زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان يكون هو
الاسلام او كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان
كفر من بقي على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا يفوتها بقاء فلا بد من امر اخر غيرهما
فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد به ان اسلم ويثبت ما يصلح لذلك وهو الاباء عنه صالح لسلب
النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى
الاباء وفي كلام المص نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد يصلح سببا يبتنى عليه الفرقة
فلا حاجة الى العرض لكنه اذا تاملت فيما اراد حق التامل اذا عنك الشبهة ولما فرغ عن البحث مع الشافعي
رحمه الله شرع فيه مع ابي يوسف رحمه الله في ان الفرقة في الوجهين لا يكون طلاقا ووجه قوله ما ذكره
ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء كل فرقة بسبب يشترك
فيه لا يكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الاخر والواقعة بالمحرمية ولهما ان
الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر من فوت المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف
ناب القاضي منابه في التسريح باحسان كما في الجب **وقوله** مع قدرته عليه بالاسلام زيادة تاكيد
واري ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة **وقوله** اما المراة فليست
باهل للطلاق واضح **وقوله** فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت
ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتاكده وان كان قبله فلا مهر لها **وقوله** واذا اسلمت
المراة في دار الحرب ظاهر **وقوله** والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب
الذي لا يشجع عليه الا افراد كبلغاء **وقوله** فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض الثلاث ان كانت
ممن تحيض او ثلاثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج
الاسلام وكانه اراد انه سبب بطريق الكناية والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء **وقوله** كما في حفر
البير يعني في قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى الثقل للواقع في البير التي حفرت
على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا تعدي فيه ثم اضافته الى السبب وهو
المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيف الى الشرط وهو حفر البير لانه لم
يعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه وعدا لانه في غير ملك الحافر
وموضعه اصول الفقه ثم المراة اذا كانت المسلمة فهي كالمهاجرة على ما سياتي في حكم المهاجرة واذا
كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا والشافعي
رحمه الله يفصل كما مر في دار الاسلام من قوله فان كانت قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان كان
بعده بعد انقضاء العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فيستوي فيها المدخول بها وغيرها
وهذا لان التزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز ان يعتبر السبب في الحال اذا كان
قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض واما ههنا فالغرض انه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان

قال الاباء ح

فيها واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها **وقوله** وان كانت
هي المسلمة ظاهر **وقوله** فلا يبقى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في النكاح حالة البقاء وان
لم يتحمل في الابتداء الا يرى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة
من وطء بشبهة ابتداء قال واذا خرج احد الزوجين الينا صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك وتقرير
دليله ان التباين اثر في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا
بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم
اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته انقطعت ولم يؤثر في الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم **وقوله**
اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الصفاء له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي
يقتضي الصفاء يسقط الدين عن ذمة المسبي لاثبات المذهب ولنا ان المصالح لا تنتظم مع التباين
حقيقة وحكما وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح
يقطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم
ان لا يكون في الدار التي دخل بها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار والسكنى وهذا الاثبات المذهب
وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو زوج امته جاز فكذا
بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر
في المحترم وغيره سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع **وقوله** وصار اي صار السبي كالشراء من حيث
ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافات **وقوله** ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء
اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي
على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك من خصائص الانسانية
لا المالية وقد اندرج في الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي
من محل عمله لانها هي الرقبة **وقوله** وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن او المسلم المستأمن وكان
قد احترز بقوله وحكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده
الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة اي تركت دار الحرب الى دار الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية
على قصد ان لا ترجع اليها هاجرت عنه ابدا جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها
العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام
كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب
على المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب بانها لا تجب
عليها العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الحرم او رثت تباين الدارين
وهو لا يربو على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط
الحرمات حكما فلزمته العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول الملك لا الى اثر
وحاصله ان التباين يربو على الموت الا ترى انه يمنع التوارث والموت يوجب ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى
تضع حملها رواه محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب
يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد حبلت من مولاها لا يزوجها حتى تضع وروى ابو يوسف
والحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمهم الله انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها لانه لا حرمة
للحربي فجرى ذلك مجرى الحبل من الزنا فانه لا حرمة لماء الزنا قيل والاول اصح لان حمل ثابت النسب بخلاف
الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل من الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح ايضا دون غيره

وقال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام اذا ارتد احد الزوجين والعياذ بالله وقعت الفرقة
بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل وعند الشافعي رحمه الله ان لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها فحتى تنقضي
ثلث حيض بناء على ما ذكرنا من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا ينتقص عدد
الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة
بطلاق وان كانت من المرأة فبغير طلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه يعني قوله امتنع عن الامساك
بالمعروف وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان
والطلاق مما يختص بالزوج وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة باباء الزوج
طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال
وتبطل الملك في النكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب عن الشيء
الرافع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف وذلك ليس بمناف
للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على ما مر واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك اليمين بل يصير
موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته
بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول انما يرجع الى المحل في الابتداء والبقاء فيه سواء
والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك اليمين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني
ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة امكن ظهور اثره
فكان معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير متصورة ابدا فلا يمكن ظهور اثره وعن هذا قالوا اذا
ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق لان تباين الدارين مناف للنكاح فكانت
منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان
المنافي هو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المرأة
ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة رحمه الله لان العدة سقطت عنها عنده لفوات
المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة
متى سقطت لا تعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها في
دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع
وقال ابو يوسف رحمه الله يقع الطلاق لان العدة باقية عنده **وقوله** ولهذا يتوقف الفرقة توضيح لكون
الردة منافية للطلاق دون الاباء **وقوله** ثم ان كان الزوج ظاهر **وقوله** ولا نفقة متعلق بقوله وان
كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها الى ما يليه لان المسئلة اذا كانت غير مدخول بها ووقعت
الفرقة لا تجب النفقة على زوجها فلا يرتاب احد في عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير
مدخول بها **وقوله** لان الفرقة من قبلها يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة لها **وقوله** وان ارتدا معا واضح
ووجهه ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق رضي الله
عنه الجيوش فاسلموا ولم يأمرهم بتجديد الانكحة والصحابة رضي الله عنهم متوافرة فحل ذلك محل الاجماع
بترك بعضها من قبل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة
التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما يجعل في الحكم كانه وجد جملة واحدة
ولو اسلم احدهما بعد الارتداد اي بعد ارتدادهما فسد النكاح لاصرار الآخر على الردة لانه مناف
كابتدائها على ما تقدم ثم ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول فلها نصف المهر عندنا وان كان
الزوج فلا شيء لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الآخر

كانشاء الردة **باب القسم** لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع
في حقهن في باب على حدة لكن اعتراض ما هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين
الى امر الفروج وغيرهما اوجب تأخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه
بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ واذا كان للرجل امرتان بتذكير
كان مع اسناده الى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح وقوله
ولا فصل فيما رويناه يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما رويناه من غير تفرقة
بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان
كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلث والحاصل ان الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب
وفي تفضيل الجديدة على القديمة فنفى المصنف الاول بقوله ولا فصل فيما رويناه والثاني بقوله لاطلاق
ما رويناه وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة رضي الله عنها
انه عليه السلام قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن نقول للزوج ان يبتدئ بالجديدة ولكن
بشرط ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر
والثيب والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة
والمريضة والصحيحة لمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك في طرف الرجل
المجبوب والخصي والعنين والغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بين امرأتين يجب عليهم القسم وقوله
والاختيار في مقدار الدور للزوج ظاهر وقوله بذلك ورد الاثر يعني ما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع وقوله
ولان حل الامة انقص من حل الحرة يدل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها
وموضعه اصول الفقه فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبة
والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة قوله
ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام مشتمل على ثلث مسائل احديها ان القرعة
مستحبة عندنا وعند الشافعي مستحقة والثانية انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم هل للباقيات
ان يحتسبن تلك المدة او لا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الاقراع اذا
كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبتها التي كانت معه فينبغي ان يكون عند الاخرى مثل ذلك
ليتحقق العدل ونحن نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق
فلا تجب التسوية فلا يكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان بعضهن ان رضيت بترك قسمها
لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك فكذلك وكلامه واضح وقوله لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط
توضيحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنها امتناعا لا اسقاطا فكان
بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فكذلك هنا **كتاب الرضاع** لم تذكر عامة مسائل
الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وسبب
الحرمة بالرضاع الجزئية بنشوز العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق في حرمة المصاهرة وكما ان الاعلاق
امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطء كذلك نشوز العظم وانبات اللحم خفي له سبب ظاهر وهو
الارضاع فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو لغة مص اللبن من الثدي وفي
الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الادمية

في وقت

في وقت مخصوص على ما يذكر بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال
الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله صلى الله عليه
وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة
فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون
منحصرا في خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم
القائل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلث رضعات مشبعات ولو تمسك
بحديث عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما انزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس
رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل على
المطلوب لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله يضعفه لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة
والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ما عرف وقوله ولان الحرمة وان كانت بشبهة
البعضية دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر تقديره تحريم الرضاع باعتبار انشاز العظم
وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت بشبهة البعضية الثابتة بنشوز
العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الرضاع وقوله وما رواه مردود جواب عن استدلال
الخصم بان ما رويتم اما مردود بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله او منسوخ
ان كان بعده والانشار بالراء الاحياء وفي التنزيل ثم اذا شاء انشره ومنه لا رضاع الا ما انشر
العظم وانبت اللحم اي قواه وشده كانه احياه ويروى بالزاء كما في المغرب وقوله وينبغي ان يكون في مدة
الرضاع ظاهر وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الى حال باعتبار حولان الحول الموجب لتغير
الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما بين يعني في وجه قول ابي حنيفة فتقدر اي الزيادة به
اي بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة
الحمل والفصال ثلثين شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي الفصال حولان وقوله صلى الله عليه وسلم
لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفة هذه الاية يعني قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ووجهه ما ذكره ان
الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو قوله ثلثون شهرا وكلما كان كذلك كانت
المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي الف درهم وخمسة
اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المنقص في احدهما يعني
الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت
هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان الكتاب مأول فان عامة
اهل التفسير رحمهم الله جعلوا الاجل المضروب للدينين منوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل
به المنقص قطعية ويؤيده ما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فجيء بها عثمان رضي الله عنه
فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال الله تعالى
يقول وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله
حولان فتركها واذا لم يكن دلالتها على ذلك قطعيا لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية باية مأولة
ولا بعد فيه ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل بغيره انباء لحياته وذلك اي التغير
بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان الفطام عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو التحرز عن
المص لكنه قدره بسنة كما في العنين وقدرناه بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء

الرضيع فان غذا الجنين كان دم امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذا الرضيع يغاير غذاء الفطيم لان غذاء
الرضيع اللبن فقط وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لا بد
من تغير الغذاء وتغيير الغذاء بستة اشهر فلا بد من ستة اشهر وقوله والحديث محمول يعني قوله عليه
الصلوة والسلام لا رضاع بعد الحولين محمول على مدة الاستحقاق وابهم المصنف الاستحقاق لان بعضهم
قال المراد منه لا رضاع بعد حولين لا يستحق كولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الاجرة
وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة
اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله عليه الصلوة والسلام لا رضاع لنفي الجنس وعينه قد يوجد
بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملا فلم يكن حجة وعليه دليل على الاستحقاق يحتمل النص المقيد بحولين
في الكتاب يعني قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين بدليل قوله بعده فان ارادا
فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا
لا اثر للرضاع في ازالة المحرم شرعا وقوله اذا مضت يعني اذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق
بالرضاع تحريم سواء فطم او لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة
حتى لو فطم صبي قبل الحولين او قبل ثلاثين شهرا عند ابي حنيفة ثم ارضعته امرأة قبل ان يمضي عليها
مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر
ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تمسكا بظاهر النصوص وهو فاسد
لان المذكور في ظواهرها الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا روي ان ابا موسى
الاشعري رضي الله عنه سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسألوه
عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ذلك ابا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام
هذا الحبر بين اظهركم وقد اتفقت الصحابة على هذا قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح وقوله الا ام اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل
ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها
من النسب جاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان
يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية
الاجنبيان على ثدي امرأة واحدة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي انه
يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي تفردت بها رضيعا وقوله لما روينا اشارة الى
قوله عليه الصلوة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله لا سقاط اعتبار التبني
فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما في الجاهلية فاذا قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن
الرضاع او لاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط اجيب بان حرمة
حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع الحديث فحملناه على
حليلة الابن المتبنى كيلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة وقوله ولبن الفحل
من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله عليه السلام لعائشة
رضي الله عنها ليلج عليك افلح لانه عمك من الرضاعة دليل واضح على ذلك فان عائشة رضي الله عنها
ارضعتها امرأة قعيس وكان اسم اخي قعيس افلح بن ابي قعيس فلما كانت تلك المرأة اما لها كان زوجها
ابا لها واخ الزوج عما لا محالة وروي انها قالت يا رسول الله ان افلح بن ابي قعيس دخل علي وانا في ثياب

فصل

فصل فقال ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة فقالت انما ارضعتني المرأة لا الرجل فقال عمك من
الرضاعة وذا لا يكون الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة
احتياطا فان قيل لما قام مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثله او دونه لا محالة وههنا
لو ارتضع الصبي من ثدي الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع
اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن الحاصل من نفسه اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك
لان المعنى الذي لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما نزل منه نادر وقال الرجل
لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير وطء الميتة فانه لا يوجب حرمة المصاهرة
وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي ملتبسة فانها توهم ان المراد به ما نزل من
تدوة الرجل ليعلم ان المراد به ما ينزل من المرأة بسبب الولادة او الحمل من زوجها حتى لو نزل لها لبن
بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المرأة خاصة لا لبن الفحل وان كانت تلك المرأة تحت زوجها
وليس حل الوطء في الاحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية
كان لبن الفحل لا يحل للزاني ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء اولاده لوجود
البعضية بين هؤلاء وبين الزاني قوله ويجوز ان يتزوج الرجل واضح وقوله وكل صبيين
اجتمعا غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة اي على ثدي امرأة واحدة
لانهما لو اجتمعا على ثدي بهيمة واحدة لا يثبت التحريم وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة
وذلك يختص بلبن الادمية دون الانعام وقوله لا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت
قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية من ولد التي
على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد
التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخي ونسختنا
اخريان ليستا بصحيحتين وهما بصيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكرنا
لكن على هذين التقديرين لا بد وان يكون من اولاد التي ارضعته معرفا باللام وكلامه واضح
وقوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق التحريم والمعتبر في الغلبة ان لم يغير الماء اللبن
ثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال ابو يوسف ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما
يكون رضاعا وقوله خلافا للشافعي رحمه الله تعالى عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات
من اللبن في حب من الماء فشرب به الصبي تثبت الحرمة هو يقول موجود حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس
لا ينكر ونحن نقول المغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا

مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت جهة الحكم لم تثبت به حرمة
الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجح
الحرمة احتياطا اجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء
وههنا لم يثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة فكان
الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت
الترجيح بالفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض
الحكم لان الحرمة بالرضاع امر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمناه لكن تعارض با
ترجيح احدهما راجع الى الذات والاخر الى الحال والاول اولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرنا ما
اذا وقع قطرة من الدم او الخمر في جب من الماء نجسته وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان

غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل فلم يكن الحقيقة معارضة للحكم
بل كانت موجهة معه وقوله واذا اختلط اللبن بالطعام واضح وقوله لا يتعلق به التحريم
في قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه
اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا وقوله فصار
كالمغلوب فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب فلا نسلم
انه ليس بموجود والجواب انه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله هو الصحيح
احترازا عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك عنده اذا لم يكن يتقاطر اللبن من الطعام
عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فيثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت
حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا تثبت على كل حال عنده لان التغذي بالطعام
لانه الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم واذا خلط بالدواء واللبن غالب
فيه تعلق التحريم به لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعلها لبنا والدواء يخلط به لتقويته على الوصول
الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوي الغالب
والمغلوب لان وصول القطرة منه محرم قلت النظر ههنا الى المقصود فاذا كان غالبا كان القصد
الى التغذي به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتسرية
الدواء يلوح الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا قال
واذا اختلط اللبن بلبن شاة صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف في المسئلة الثانية
لما ذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب في البحر ووجه
قول محمد وزفر ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشيء
لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود
والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل
صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن ابي حنيفة في هذا روايتان في رواية قوله كقول ابي
يوسف وبه قال الشافعي رحمه الله في قول وفي رواية كقول محمد وزفر واصل المسئلة في الايمان فيما
اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا
الاختلاف عند ابي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشيء بمثله وجنسه
لا يكون مستهلكا وقوله واذا نزل للبكر لبن ظاهر واذا احلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي
تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله فيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت كان قوله
كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها
الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها حتى تتعدى لغيرها ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية
وذلك في اللبن بمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما
انه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في الميتة دفنا وتيمما بان كان
لهذه المرضعة التي اوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن وييمم الميتة لانه صار
محرما لها حيث صارت امرأته وقوله واما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطئها حرمة
المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطء انما تثبت بملاقاته لمحل الحرث ليثبت الجزئية ومحل الحرث
قد زال بالموت فافترقا قال واذا احتقن الصبي باللبن قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن
يقال حقن المريض داواه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن

مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله
متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر وقوله
وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل غذاء للولد
لعدم احتماله لسائر الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص
اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه
الولادة اذا تأملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون اذونا لا صموخا
في غير الادمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف وهو دليل على ان ما في الادمي في الذكر ليس بلبن
على التحقيق كدم السمك واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية
بين الادمي والبهايم والحرمة باعتبارها وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسمعيل
البخاري صاحب الاخبار كان يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى في زمن الشيخ
ابي حفص الكبير رحمه الله وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فانك لست هناك فابى ان يقبل
نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارى قال
واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة اذا تزوج رجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا
عليه لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا اما الكبيرة فان
حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لانها
ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها تعمدت الفساد او لم تتعمد لان الفرقة جاءت
من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجيء من قبلها فان قيل العلة للفرقة الارتضاع
وهي فعلها فلم لم تضف الفرقة اليها اجاب بقوله لان الارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر
شرعا في اسقاط حقها لانها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة
تحت مسلم ارتد ابوها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل
منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها اسقطت حقها ولم نلتزم ان كل ما لم يقع
الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لان الحكم ربما امر اخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية
الابوين اسقط حقها ويرجع به اي بما ادى الزوج من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد
بان قصدت بالارضاع افساد النكاح وان لم تتعمد بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها
وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه
لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا
للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبيب
والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج
اذا بلغت حد الشهوة وذلك يجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان لكنها مسببة في ذلك
التأكيد لا مباشرة اما الان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا لان وضعه لتربية الصغير لا الافساد
النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال بتأديته الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا
او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم في
نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته
وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان ما يفوت به المبدل
يفوت به البدل ايضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة في تأكيد ما كان على شرف السقوط

للمباشرة لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا كما تقرر وسلمنا ان الارضاع افساد للنكاح
لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر ايضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب
على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر
والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط
وجوبه اي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة واذا كانت
مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان
الارضاع مفسد وقصدت به الفساد واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع
مفسد او علمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأمورة بذلك
اي بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل
المرأة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا منا باعتبار الجهل
لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي
انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم
بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع
قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزوم ذلك ضمنا فلا معتبر به
وقوله ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال اجنبيات كن او امهات
احد الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادة اربع منهن وقال مالك تقبل
شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي ان الرضاع يكون بالثدي ولا يطلع
عليه كل رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة اربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم
كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه رجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر الى ثديها ووجه
قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه
ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان
الملك فيثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا
ان يحبس الثمن عن البائع ولنا ان ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان كتاب الطلاق
لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا اخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة
عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة
وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح او عدته التي تصلح بها محلا
للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل واقسامه ما يذكره باب طلاق السنة ذهب
بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عليه السلام لعن الله كل ذواق
مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى
اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وامثالها واقسامه ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي على ما ذكره
في الكتاب وهو ظاهر وقوله ولانه ابعد عن الندامة حيث يبقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها
في العدة وبعدها بتجديد النكاح من غير استحلال واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا
اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقها فلا يتكامل ضرر الايحاش وقوله ولا خلاف لاحد في
الكراهة اي في عدم الكراهة يعني لم ينقل احد بكراهة هذا الطلاق وقوله لان الاصل في الطلاق
هو الحظر لانه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا وقولهم والاباحة للحاجة الى الخلاص اي لضرورة

التخلص

التخلص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنه وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع
عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عليه السلام عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم ليمسكها
حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة
التي امر الله ان يطلق لها النساء واشار به الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ان شاء امسك
بعد وان شاء طلق خير بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك
كذا في بعض الشروح وليس هذا شرح ما في الكتاب وانما شرحه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لابن عمر رضي الله عنه حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل
الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه
ان الاصل في الطلاق الحظر والاباحة كما قال مالك للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف
عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب الخلاص امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه فكلما تكرر دليل الحاجة
جعلت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار وقوله ثم قيل
اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة
وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها
كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف
والاظهر ان يطلقها كما طهرت جعل هذا اظهر لان محمدا رحمه الله قال في الاصل واذا اراد
ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة
او ثلاثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت
حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح يعني في حق ذاته وانما قلت
ذلك لئلا يرد نقضه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين
حرام عنده ايضا وقال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وقوع الطلاق وكل ما هو
مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل فكيف يصح التحريم والطلاق
في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها
لا الطلاق وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امر العدة
عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس امر العدة عليها لا تدري اهي حامل فتعتد بوضع الحمل
او حائل فتعتد بالاقراء ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح
ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية
من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية من السكن والازدواج
واكتساب الولدان وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع الا انه ابيح للحاجة
الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث فان قيل كما لا حاجة الى الجمع بين
الثلاث كذلك لا حاجة الى المفرق على الاطهار اجاب بقوله وهي اي الحاجة في المفرق
على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة
وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة

انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص
عن عهدة النكاح فى الطهر الثانى والثالث مع اندفاع النكاح بالاول غير متصور اجاب:
بقوله والحاجة فى نفسها باقية يعنى لاحتمال ان يكون سيئة الاخلاق بذية اللسان:
فيسد الزوج باب امكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا
يجب ان يباح الثلث جملة لكنها علة تعارض النص فلم تؤثر واظن انه اراد بالنص قوله تعالى
الطلاق مرتان فانه يدل على انه مفرق ويجوز ان يراد قوله عليه الصلوة والسلام لابن
عمر رضى الله عنه ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا الحديث وقوله والمشروعية فى ذاته
جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه ان المشروع لذاته لا يجوز ان يكون محظورا
لذاته اما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى فى غيره كما ذكرنا من فوت مصالح الدين
والدنيا فلا تنافى اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلوة فى الارض المغصوبة وقد قررناه
فى التقرير وكذا ايقاع ثنتين فى الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلث
وقوله واختلفت الرواية ظاهر قال والسنة فى الطلاق من وجهين السنة
فى الطلاق من وجهين احدهما فى الوقت والاخر فى العدد فالسنة فى العدد يستوى فيها
المدخول بها وغيرها وقد ذكرناها وهى ان لا يزيد على الواحدة قوله وسمى الواحد عددا
مجازا لكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته والسنة فى الوقت فى المدخول بها خاصة
وهو ان يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان الشرع اعتبر باعتبار الحاجة والمراعى
دليلها وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع اما زمان
الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيها دليل الحاجة ليقام
مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة باقية سواء كان فى حالة الحيض
او الطهر فلم يخرج الطلاق عن السنى فى اى وقت كان خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها
وقوله وهو واضح وعورض بان ما ذكرتم تعليل فى مقابلة النص فان قوله صلى الله
عليه وسلم لابن عمر رضى الله عنهما انما السنة ان تستقبل الطهر بالطلاق يدل على ان الطلاق
فى حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص
السبب واجيب بان الخصوص لم يثبت لخصوص السبب بل بقوله عليه السلام لعمر رضى الله عنه فليراجعها
وان كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا بالسنة طلقها واحدة فاذا
مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض
لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى
لم يحضن يعنى ان اشكل عليكم حكم اعتدادها تين المطلقتين فحكمهن هذا وقوله واللائى
لم يحضن مبتداء خبره محذوف اى واللائى لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر وقوله
والاقامة فى حق الحيض خاصة قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض اصحابنا ان الشهر قائم مقام
الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض اصحابنا
ان الشهر فى حق التى لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر فى حق التى تحيض وليس كذلك بل الشهر
فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقى السنة
وهذا لان المعتبر فى حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر
وفى الشهر ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين احدهما

ما ذكره صاحب النهاية رحمه الله ان الشهر لما اقيم مقام الحيض فاذا وقع الطلاق فى اى شهر
كان من الاشهر الثلاثة كان موقعا للطلاق فى الحيض فكان حراما كما فى حالة الحيض والثانى
ما ذكره بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلاثة
اشهر مقام ثلاث حيض بل يكتفى باقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض لان الحيض اكثره عشرة
ايام ومدة ثلث حيض تحصل فى شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفى الملزوم واجيب
عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشئ
لا يجوز ان يكون فى معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه
فى انقضاء العدة والاستبراء خاصة الا ترى ان الطلاق بعد الجماع فى ذوات الاقراء
حرام وفى الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء فى جميع الاحكام
لكان محرما كما فى ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن الثانى ان الشرع اقام
الاشهر مقام حيض ينقضى بها العدة وهى انما يكون فى ثلاثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر
مقام الحيض التى كانت توجد فيها ولم يقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم
يظهر لى فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر فى حق الزام الحجة
فانهم لما اجمعوا على ان فى الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من توقف الى الطهر والشهر قائم
مقامه فى التى لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل عمل الاصل
واشتراط الحيض مع الطهر فى ثلاث حيض انما كان ليتحقق عدد الثلاثة لا لذات الطهر
على ما ذكر فى المبسوط ولو كان لذاته لا يشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض
وكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشئ كما ترى لان الزام الحجة على احد
المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف
فى مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم قال ثم ان كان الطلاق فى اول الشهر اذا كان
ايقاع اى ايقاع الطلاق فى اول الشهر يعتبر الشهور التى قائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت
او ناقصة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق اى فى حق التفريق بين طلاقى السنة
وذلك ثلثون يوما بالاتفاق وفى حق العدة كذلك عند ابى حنيفة رضى الله عنه لا يحكم بانقضاء
العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطات
بالاهلة وهى مسئلة الاجارات على ما سيأتى ويجوز ان يطلقها اى الآيسة والصغيرة ولا
يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلوانى وكان شيخنا رحمه الله يقول
هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض
والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف
لان الافضلية لا تنافى الجواز وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن
تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع
فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت فى الطهر وانما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد
منه وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اى فى التى نحن فيها من الآيسة والصغيرة
والكراهية اى كراهية الطلاق بعد الجماع فى ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند
ذلك يشتبه وجه العدة فلا تدرى ان انقضاءها يكون بوضع الحمل او بانقضاء المدة وقوله
والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذى ذكر جواب قول زفر ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر

فيما يعمل

واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل
وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد
لان الاصل لا مدخول له في ايجاب الفصل بين الوطئ والطلاق لذاته وانما تاثيره ان
لا يقع الطلاق اصلا او لا يتكرر كما تقدم وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فيبقى الحكم الدائر
على الدليل وهو الفصل **وقوله** وطلاق الحامل يجوز الجماع واضح **وقوله** وقد ورد
الشرع بالتفريق على فصول العدة يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس رضي الله عنهما
اي لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الايسة والصغيرة على
الاشهر لانها في حقهن كالقراء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة
لان مدة الحمل وان طالت فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا ترى ان انقضاء العدة لا يتعلق
به فصار كالممتد طهرها فان امتد شهورا فهو فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه
ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى
الخلاص عند العجز عن التقصي عن حقوق الزوجة والشهر دليل الحاجة كما في الايسة والصغيرة
وهذا اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الايسة والصغيرة لانه زمان
تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم
يدار على دليلها فاذا وجد وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا **وقوله** بخلاف الممتد
طهرها جواب عن قياس قول محمد بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم
على الحاجة في حقها الطهر اي تجدده وهو مرجو فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر
ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض قال واذا طلق امراته في حالة الحيض
اذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان
النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة عليها فان الحيضة التي
يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فيطول العدة عليها نقل صاحب النهاية عن شيخه
رحمهما الله ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد عن ضد الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن اي لاطهار عدتهن او الامر المذكور في قوله عليه الصلوة والسلام مر ابنك فليراجعها
لانه لما كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حال الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعها
في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا
والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله
عليه السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وكان قد طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث
يفيد الوقوع باقتضائه والحديث على الرجعة بعبارته قال المص ثم الاستحباب قول بعض
المشايخ ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة حق له ولا
وجوب على الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر قيل الامر لعمر رضي الله عنه
وحقيقة الوجوب على عمر ان يامر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه واجيب
بان فعل النايب كفعل المنوب فصار كان النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك فيثبت الوجوب
ويجوز ان يقال فليراجعها امر لابن عمر رض فيجب عليه المراجعة **وقوله** ورفعا للمعصية بالجر
معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره

اي اثر الطلاق

اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة
وقوله قال يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها
وان شاء امسكها قال المص وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي
الحيضة ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره
في الاصل قولهما والمص ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحد
من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر
ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى
الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلوة والسلام قال
لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت
الروايتان ذهب المص رحمه الله الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر **وقوله** ومن قال
لامراته اعلم من قال لمدخول بها انت طالق ثلاثا للسنة فاما ان تكون من ذوات الاقراء
او لا وكل منهما على وجهين اما ان يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء
ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى ثلاثا الساعة او عند راس كل شهر واحدة
فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض وحالة الطهر وكذا راس كل شهر وقال
زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يراد منه ولنا ان اللام فيه
اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط
فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا
ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان
لان وقوع الثلاث دفعة او في حالة الحيض مذهب اهل السنة فهو سني بهذا الوجه ومن حيث
انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من طلق امراته
الفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله
فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف
بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها
لكونه فعل المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا وان كانت
آيسة او من ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى
وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما بينا قبل هذا ان الشهر قائم مقام
الحيض وان نوى ان يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا انه سني وقوعا
واذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في الحال
وان كانت حايضا او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت
تطليقة لان قوله انت طالق ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك وان نوى
ثلاثا جملة قال المص رحمه الله لا يقع قيل وهكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب
المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان نية الثلاث ان صحت فانما تصح من حيث ان
اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد فتفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت
تعميم الواقع فيه وهو الطلاق لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف

بالمعاني الفقهية نخ

نا اذا نوى الجمع بطل تيمم الوقت فيبطل تيمم الواقع فيه لان بطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى
فلا يصح نية الثلاث بخلاف ما اذا ذكر ثلاثا لان الثلاث مذكورة صريحا فيصح نيته وذكر
صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ان نية الثلث صحيحة جملة كما لو ذكر
ثلاثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن
ان يطلقها في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلق ثلاثا في ثلاثة اطهار فاذا نوى الثلث
فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فيصح نيته كما لو قال انت طالق ثلاثا للسنة
او طلاقا للسنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل على
التفرق على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة
كما لو ذكر ثلاثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء في العموم
وهو خلاف مذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المصنف عدم الوقوع
جملة **فصل** لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في
بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون
والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز
النفوذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة
في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان
اهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي
فان المراد به ما هو المعنى لعنه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل
لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة والنائم عديم الاختيار في التكلم
وشرط التصرف الاختيار فيه وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان
الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار
بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق
اشارة الى ان المعتبر ذلك الا ترى ان من اراد ان يقول لامرأته اسقيني فقال انت طالق وقع
وان لم يكن مختار الحكم لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في
حال اهليته فلا يعرى عن قضيته اي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته **وقوله** قصد ايقاع
الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب
وقيام السيف على رأسه دليل على انه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا
يصير صدقا **وقوله** في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقرير حجته ان المكره قصد ايقاع
الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار اهونهما
واختيار اهون الشرين اية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى
فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته ان يتخلص
عما توعد به من القتل والجرح **وقوله** الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره
مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها
وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضاء
بالحكم غير مخل به كالهازل وهو كذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره
والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار

كامل

كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل
اختيارا كاملا في السبب تاما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان
اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالاخر
جائزا وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي عدمه والوجه من الجانبين على ما ذكر
في الكتاب واضح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا
لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم اطلق الزوال
مجاراة للخصم حيث لم يضره ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية
فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا
في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة
هناك اتم اجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة
اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر
ليس بمعصية وامكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكان من جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف
والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول
فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود
فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما اقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي
قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية
كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره وهو ان يكون
من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا اكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء في حق منع وقوع
الطلاق والعتاق واكد ذلك بقوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول
انه لا يقع طلاقه لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب فكان
علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك واجيب بان
الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم يكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة
لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن **وقوله** وطلاق الاخرس
واقع ظاهر **وقوله** طلاق الامة ثنتان انث الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه ظاهر
ووجه الاستدلال بقوله عليه الصلوة والسلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عليه
الصلوة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه تخص كل واحد منهما بجنس على حدة
ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث
القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكلما هو كرامة فالادمية مستدعية
لها لكونه مكرما بتكريم الله تعالى ولقد كرمنا بني ادم الاية ومعنى الادمية في الحر اكمل
لصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة ولخلوصه عن معنى المالية التي
تجعل المملوك في قرن البهايم ملحوظا فكانت مالكيته ابلغ فان قلت الدليل اخص من
المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج
اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه
قول عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان
وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثمه

معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق
بالرجال لكان لبعض الاماء ثنتان فلم يبق اللام للجنس فان قيل ان يكون المراد بها الامة
تحت عبد عملا بالحديثين اجيب بانه يفضي الى ان يكون الهاء في عدتها عايدة اليها فيكون
تخصيصا لها بكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة
الامة حيضتان سواء كانت حرا او عبدا بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب
الاستخدام بكون الكلمة المراد بالامة امة تحت عبد والضمير عايد الى مطلق الامة والجواب
ان ذلك خطابة لا يجدي في مقام الاستدلال ولان حل المحلية اي حل ان تكون المرأة محل
النكاح نعمة في حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى ورود النفقة والكسوة والسكنى والازدواج
وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق فان للرق اثرا في تنصيف
النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنين فكذا في حق النساء فلانها لا تتزوج
مع الحرة ولا بعدها فكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا اي طلقة ونصف
طلقة تنقيصا لحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان ومذهبنا قول
علي وابن مسعود رضي الله عنهما **وقوله** وتأويل ما روى يعني قوله والطلاق بالرجال ان
الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره اجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة
في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله عليه السلام
الطلاق بالرجال واذا العبد المرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته
لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الادمية والعبد مبقي فيها على اصل الحرية وكان يجب
ان يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به تضرر المولى فيه فتوكناه لاجله

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على
ضربين صريح وكناية والصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي لكون
هذه الالفاظ صريحة والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وفهو يشير
بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ورد بانه تعالى احق بردهن والرد انما يستعمل
فيما زال عنه ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهي لا تترك الا بدليل واما لفظ الرد
فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبايع جارية بالخيار له وللمشتري فانه لم يثبت الملك فيها للمشتري ثم اذا
فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البايع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر
المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية
وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعني انه يعقب الرجعة اذا لم ينو شيئا وكذا
اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف
او تسريح باحسان الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح باحسان هو تركها حتى تنقضي عدتها وتحقيقه ان الله تعالى
سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت
من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل ان يقول ان سلمنا دلالته
على تعليق البينونة بالانقضاء جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نوى فيه ولو قال لان
الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن كان اسلم
وموضعه اصول الفقه **وقوله** فيرد عليه يعني قصده وتقريره الحجة لانه قصد تغيير ما اقره الشرع الى وقت

وكل من فعل كذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث اصله بقرة بني اسرائيل ولو نوى الطلاق عن وثاق بفتح الواو
وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين في القضاء اي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته الى دينه فاستعمل
في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه فيه تخفيف
وكذلك لا تسع المرأة ان تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله اذ الطلاق من الطلاق
يستعمل في الايلاء والوثاق فيحتمل ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اي بقوله طالق الطلاق
عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو قليل اي المرأة بتأويل
الشخص او الذات وليس شيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع
القيد النكاحي غير مقيد بالعمل والطلاق ليس لرفع القيد وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يدين
فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره
اما اذا قال انت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء
لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم
الواسطة والكناية تحتاج الى النية **وقوله** ولا يقع به من كلام كذا وروى متصل بقوله فلهذا يقع به الطلاق
الرجعي اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي
رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه
ولهذا اي ولكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ تصح
نيته ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده
والضد لا يحتمل الضد **وقوله** وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان
الطالق نعت كثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام
بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجال دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل
الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له فكان ثابتا ضرورة صحة الكلام المقتضي ولا عموم له **وقوله** والعدد
الذي يقرن به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح **وقوله** واذا قال انت الطلاق واضح **وقوله**
فصار بمنزلة قوله انت طالق واعترض عليه بان قوله انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح فيه نية
الثلاث كما لم يصح في انت طالق واجيب بان نية الثلاث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم واما
الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فلم يخرج فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث رعاية للامرين واصحة
قال ولو قال انت طالق الطلاق ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي
الطلاق اخرى فان لم تكن موطوءة لغى الثاني وان كانت موطوءة بصحة قصده يقع طلقتان رجعيتان لان كل
واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدا في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق ولو اضاف الطلاق الى جملتها
مثل قوله انت طالق لان كتاء ضمير المرأة وذكر هذا وان كان قد علم مما قبله تمهيدا لما ذكر ما بعده او الى
ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم يرد ذكر رقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى
فظلت اعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك
طالقة او رجلك طالقة لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به
عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والساق لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح كان محلا للطلاق لانه تابع
فيكون محلا لحكمه واذا اضيف اليه الطلاق يثبت الحكم فيه ثم يثبت الحكم بالاضافة ثم يسري الى الكل اجاب
بقوله كما في الجزء الشايع فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا اضيف اليه ثم يسري
الى الكل اجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل

في هذا الجزء فيمتنع عن السريان وفي الطلاق الامر على القلب يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء **وقوله**
ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا وردا
عليها دخل الاتباع كما في شراء ملك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع اما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للاصل فان
قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي عم باليد عن جميع البدن في قوله عم على اليد ما اخذت حتى ترده اجيب بان المراد صاحب
اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال اردت اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال
شمس الائمة الحلواني رحمه الله اذا قال لها راسك طالق وعني اقتصار الطلاق على الراس لا يبعد ان نقول لا تطلق
ولو قال يدك طالق واراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد ان نقول بانها تطلق واذا قال ظهرك طالق او بطنك
طالق اختلف المشايخ فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد
والرجل قال المحرر والاظهر انه لا يقع اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال
ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر
بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق اذ نصف التطليق وثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كالعفو عن بعض
القصاص صيانة للكلام عن الالغاء تغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا اقام الدليل على البعض
وهو مما لا يتجزى وجب كماله والا لزم ابطال الدليل وكذا الجواب في كل جزء سماه كالنصف والربع والثمن والسدس وغيرها
لما بينا انه لا يتجزى ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تكون ثلاث
تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما اورد يعني محمدا هذه المسئلة لاشكال
وهو ان كل عدد نصفه لا يكون الا نصفين فالقول بالثلاثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذا تسمية
الطلاق يعني اراد ثلاث تطليقات واستعمل في ذلك ثلاثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف
تطليقتين اذا كان تطليقة فثلاثة انصافهما ثلاث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له
ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد صار لغوا فبقي قوله انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان
يكون حقيقة فيما اراد او مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة
وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند ابي ح رح والاتصال موجود لانه من باب
ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها انت طالق ثلاثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا ثنتين
ولم تقل فيه اوقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع على امرأته ثلث مرات
نصف تطليقة طلقت ثلاثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزاء
التي اوقعها هناك وهي ثلاثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة ارباع التطليقتين
تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة
في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلاثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا ولو قال
انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع طلقتان وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس
والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلاثة انصاف تطليقة يكون تطليقة ونصف تطليقة
فصار كقوله انت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلثا لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق
لا يقبل التجزي فيصير ثلاثة انصاف الطلقة ثلاث طلقات لا محالة ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين اذ اطلقها مشتملا
كلامه على الغايتين فاما ان تدخل الغايتان وهو قولهما او لا تدخلا وهو قول زفر او يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو
قول ابي ح رح والقسم الرابع وهو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد وجه قول زفر ان غاية الشيء لا تدخل فيه
والا لم يكن غاية كما في المحسوسات مثل قوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروي ان ابا حنيفة قال لزفر حيث قال له كم
سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذا انت ابن تسع سنين فتحير وروي عن فخر الاسلام

ان الاصمعي

ان الاصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامرأته انت طالق ما بين واحدة
الى ثلاث قال له تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا يتناول الحدين فقال له ما تقول في الرجل قيل له
كم سنك فقال ما بين الستين الى السبعين ايكون ابن تسعة فتحير زفر وقال استحسن في مثل
هذا ويلزم على قوله ان من قال لها من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل تقع واحدة لانه لما جعل
الشيء الواحد حدا ومحدودا الغى آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي انت طالق ووجه قولهما وهو
الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة
ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم
يقولون سني من ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وقيل
فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين واجيب بانه متمش فيما يصلح ان الاكثر فيه
فيه يعني في الطلاق وليس الكلام في الاكثر في الطلاق وانما الكلام في الاكثر في كلام المتكلمين
والثلث غير مذكور فيه واقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في
قوله من واحدة الى ثلاث **وقوله** سني من ستين الى سبعين **وقوله** والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن
بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا سقط الاعتراض **قوله** وارادة الكل
جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر **قوله** ثم
الغاية الاولى جواب عن قول زفر ووجهه ان القياس ان لا تدخل الغايتان لما ذكرنا الا ان الغاية الاولى لا بد
ان تكون موجودة لانها وقع الثانية ولا يصح الابعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها
و **قوله** بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه ذلك ان القياس فيما
لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في دخالها واما في صورة النزاع فانها
ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل
بان الغاية تدخله وانما قلنا انه لا بد من وجودها لضرورة الثانية ووجودها وقوعها ولو فرضنا
لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيه الى الاولى لو قوع الثانية حتى
وجب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق
بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثلث واشباههما
واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام
يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب
او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان لعرف الحساب معروف فيما بينهم ان واحدة
في اثنين اثنان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لان الغرض به ازالة كسر يقع
عند القسمة بمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزءين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو
قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة
وثنتين فهي ثلاث لانه محتمله لان الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف **وقوله** ولو كانت غير
مدخول بها وقع واحدة وان نوى واحدة مع ثنتين فهي ثلث سواء كانت مدخولا بها او لم يكن لان كلمة في
تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي عند بعض اهل التأويل هذا لان اخذ العددين
لا يصلح ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له ولو نوى الظرف يقع واحدة
لان الطلاق معنى فهي لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني ولو قال انت طالق اثنتين في اثنتين
ونوى الضرب والحساب والضرب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الآخر

أو ما بين ستين الى سبعين صح

الثلاث والاقل الواحد والاكثر منه الاقل والاقل من الاكثر اثنان وليس بشيء لان قوله الاكثر صح

او ما بين واحدة الى ثلث صح

كالاربعة في الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة
اربع مرات فهي ثنتان وعندزفر ثلثة لان قضيته ان يكون اربعا لعرف الحساب ولكن لامزيد
للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور اولا على ما بيناه بعيني في قوله ان عمل الضرب
في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال
زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول مستعمل في القوة وقوة الشيء انما تظهر بامتناعه
عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صح بذكر الطول كالانت طالق تطليقة
طويلة وقع رجعيا عندنا فكيف يصح تاويله بالطول اجيب بانه انما قال الى الشام كنى به عن الطول والكناية
اقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان واقول هذه خطابة لا تكاد تنهض في
مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنه في هذه المسئلة روايتان وهذا اقرب وقلنا لا بل وصفه
بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ما وراءه ولو قال انت طالق
بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يختص بمكان
دون اخر وقوله والا فعلى ظاهر وقوله عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية لان الفعل لا
يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقاربة اي لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف
يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قال شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان
الشرط يجامع المشروط **فصل في اضافة الطلاق الى الزمان** ذكر ههنا فصولا
متوادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه اضافة الطلاق تاخير حكمه عن وقت التكلم
الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله
نوى التخصيص في العموم وهو اي العموم يحتمل التخصيص فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة
فيصدق ديانة لكنه مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل ان يقول
العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والاخر
فهو من اجزائه لا من افراده وحينئذ لا يكون اخر النهار تخصيصا للعموم ولا تخصيص والجواب ان المراد
به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم
غدا ظاهر واعترض بانه لا يجعل غدا ظرفا للطلاق اخرو اجيب بانه يحتاج الى تقدير انت
طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن
الالغا نوع ضرورة والا ولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة
يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغا فان قيل لا يتم في
الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفه بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا
يكون موصوفا به اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع
الطلقتين دفعة واحدة فلا يسع لاثباتها فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في غد على ما
ذكره في الكتاب ظاهر وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو
يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه بقوله ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه
اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا
لم يكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفها فيدين قضاء وديانة الا ترى ان من حلف لا يتزوج
النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه
وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويكن

ان يجاب

ان يجاب عنه بعد معرفة ان في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقته وغدا يقتضيه وهو
حقيقته بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين امنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه
لا استيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصر الرسل والمؤمنين
اليهم في الدنيا مقرونا بحرف في وذكر نصرتهم في الاخرة غير مقرونة بها في هذه الاية لان نصرهم اياهم
في الاخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكل ما هو حقيقة
في احدهما فهو مجاز في الاخرة واذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير
وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز وكان من المجاز قبل بيانه بنية ان يكون مراده بقوله
في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا نفاها قطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه وباقي
كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع عليه شيء
لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق ولانها لم يكن في ملكه في ذلك
الوقت الذي اضاف اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلقي ولانه امكن
تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح فكانه قال ما كنت امس في قيد نكاحي واذا امكن تصحيحه يصار اليه لكونه
موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطلاق ممن يصح منه لو قوع طلاقها يتطليق الزوج وهو
غير متصور لان المطلق اذا كان غير هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم يكن في قيد نكاحه وان كان
غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون تكرارا وايضا قوله انت
طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم
الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما ان قوله انت طالق امس
لمن تزوجها اليوم اما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او محمول على الاخبار عن عدم
النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع
المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو واما اذا افضى اليه منعه صونا للكلام العاقل
عن الالغاء وقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعني ان هذه المرأة اما ان
تكون مطلقة زوج اخر او لا فان كان الثاني جعل قوله انت طالق امس اخبارا عن عدم
النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج ولو تزوجها اول من
امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا يمكنه تصحيحه اخبارا ايضا ان
وهذا على الوجه الاول واضح ايضا واما على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره
من الازواج واما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لذلك بالنسبة
وفيه ما فيه وقوله ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك وما بعده واضح وقوله كما في
قوله ان لم ات البصرة يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم ات البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع الياس
عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع الياس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك
ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية
النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت وانما عجز
بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم ات البصرة وجه ظاهر الرواية
ان الايقاع من جملة الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع
كما لو قال انت طالق مع موتك فيكون الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان
الفرقة وقعت بينهما قبيل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرقة بينونة وايضا مسئلة الكتاب

وبين قوله انت طالق ان لم ات البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر
الرواية هو ان في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو اخر
جزء من اجزا حياتها فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم ات البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه
قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال رحمه الله ولو قال لها انت طالق
اذا لم اطلقك اذا قال لها انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك فاما ان نوى شيا او لم ينو
فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في اخر العمر لان اللفظ يحتملها ونية
المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلما قال ابو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين
سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل الشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب
البصريين واستدل لها بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص في امر مترقب اي منتظر
لا محالة وبقوله مفرد واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب لافادة
في امر كاين في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى للوجه من سقوط معنى
الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ولهذا لو قال لامراته انت طالق اذا شيت
لا يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله متى شيت ولو كانت بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام عن
المجلس كما في ان ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل منهما وهو مذهب الكوفيين
واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه

واستغن ما اغناك ربك بالغنى ... واذا تصبك خصاصة فتجمل

ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وليس موضع اذا فكانت بمعنى ان ولم يستدل
على جانب الظرفية اكتفى بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة فان اريد به
الشرط فطلق في الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة
المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها
فلا يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شيت فلا يمكن ان يكون مخرجا الامر عن يدها
والا لزم ان يكون الشي الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه فالتقدير فليتطلبه ثمه ولو قال
لها انت طالق ما لم اطلقك انت طالق طلقت واوله بقوله موصولا لانه اذا قال لذلك مفصولا
وقعتا قياسا واستحسانا لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق وقوله والحق به نحو قوله لا ألبس
هذا الثوب وهو لابسه ولا اركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل عنها لا يحنث وان كان
اللبس القليل والركوب القليل يوجد لان وقت الاشتغال بالنزع والنزول وقوله ومن قال لامراته
يوم اتزوجك فانت طالق ههنا ثلاثة الفاظ النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض خاصة واما الليل
فللسواد خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك
عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك
لعدم اختلاف الفهم بوجود القرينة على التقديرين لا يخلو امر الظرفية في ترجيح احد معنييه على الاخر عما قرن
به فان كان ممتدا فهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة ان يقال
لبست يوما وركبت يوما وساكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهو اليق به وان كان
مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت او دخلت او قدمت
يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم يوميذ
دبره الا متحرفا لقتال الاية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان

او نهارا

او نهارا او قوله والطلاق من هذا القبيل يعني انه من قبيل ما ليس بممتد فينتظم الليل والنهار فيشير
الاية اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتمييز المضاف بين ساير الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق
اهل اللغة ولذلك اذا قال لعبده يحر او امراته طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك او اختاري يوم
يقدم فلان يحنث عبده وتطلق امراته نهارا ومنه ليلا ونهارا بعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار
بيدها بعده ومنه ليلا لاعتبارنا المضاف اليه فيهما الامتداد المظروف في الثاني دون الاول واعتبار
عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الحصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف
والمضاف اليه كلاهما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اختلف
الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف قال في ... اعتبر المصنف رحمه الله
المضاف في مسئلة يوم اكلم فلانا فامراته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد
اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قال بعض المشايخ وحينيذ لا
يختلف الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضا لانه نوى
حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استعمالها عنها فصل لما
كان اضافة الطلاق الى النسا مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه من
مسايل اخر متنوعة وكان حقها ان يذكر في مسايل شتى ومن قال لامراته انا منك طالق
فليس بشي وان نوى طلاقا ولو قال انا منك باين او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال
الشافعي يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح
والحل المشتركين بينهما فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك
المطالبة بالوطي كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد
النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة وكل ما وضع كذلك مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في
الابانة والتحريم وقلنا لا نسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع
لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها الممنوعة عن التزوج والتزوج ولسلمنا انه وضع
لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في
مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وقوله ولهذا اي لانها مملوكة سميت
منكوحة اي وارد عليها ملك النكاح بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم
لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها فيل لو كان
الزوجان في الابانة والحل مشتركين لاتحد في صحة اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل
فانه اذا قال انت باين او حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال انا باين او حرام ونوى الطلاق
لم يقع ما لم يقل منك او عليك واجيب بان هذا الاختلاف لم ينشا من عدم الاشتراك بل من
حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك لغيره ولا تحل على غيره ما دامت في
عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت باين او حرام واما الزوج فله ملك على
غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد من ذكر التملك منك او عليك تعيينا للجهة
وقوله ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشي ظاهر وقوله ولا فرق بين
المسئلتين يعني قوله انت طالق واحدة او لا وقوله انت طالق واحدة او لا شي في حق
التشكيك في الايقاع او في نفي الوضع وقوله ولو كان المذكور ههنا وفي الجامع الصغير
قول الكل بغير محمد فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في انه لا يقع شي

فكان عند محمد ايضا لا يقع شي ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية
اذا قال انت طالق واحدة او لا شي ولا تفاوت بان الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه
و **قوله** له اي لمحمد انه ادخل الشك ظاهر و **قوله** ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف
يعني انت طالق متى قرن بالعدد شان ان يقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلثا كان الوقوع بذكر
العدد اطلاق العدد على الواحد مجاز من حيث انه اصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن
بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحد داخلا في الايقاع
فكان نظير قوله انت طالق او لا وهناك لا يقع شي بالاتفاق فكذلك هنا واستوضح ذلك بقوله
الاتي وهو واضح و **قوله** على ما مر اراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد و **قوله** فلا اجتماع بين المالكية
والمملوكية قد تقدم تقريره مستوفى و **قوله** فلان ملك ملك النكاح ضروري بيانه ان ملك النكاح
اثبات الملك على الحر وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرا عليه الحل القوي وهو ملك
اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك
اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرا عليه لا
حل قوي ولا ضعيف اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا ولو اشتراها
ثم طلقها لم يقع شي لان الطلاق فيستدعي قيام النكاح ولا بقا له مع المنافي لا من وجه يعني من حيث العدة
لان لها اثر من اثاره فلا يجب مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه ولا من كل وجه
يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا
بقا وقيل لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه في حق مولاها يعني اذا ملك الجميع وعلى
هذا يتعلق بقوله مع المنافي و **قوله** ولا عدة هناك يعني في حق مولاها الذي كان زوجها اي لا
يظهر ان عدتها لا بد لها من حل وطيها واما العدة في نفسها فواجبة حتى لو اعتقها ليس لها ان تتزوج باخر
قبل انقضاء عدتها **قال** رحمه الله وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق
مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق والعتق وهذا الكلام يحتاج
الى بيان انه تعليق مع عدم شي من ادواته وانه تعليق التطليق والمذكور هو الطلاق وانه تعليق
التطليق بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوما
على خطر الوجود للحكم تعلق به والمذكور يعني بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من
المولى امر متردد بين الوجود والعدم والحكم اي الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق
مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق
لكونه امرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته واشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لان في
التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط عندنا يمنع علة العلة الى
زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق فلما قال لان اللفظ
ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة كما ان العتق لما لم ينفق
في غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته واما العتق فعلى طريقة الحقيقة
وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق
او العتق يوجد بعده لما كان ان الجزا يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق لعدم د انية
لكونه حكمه فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة
غليظة بقي عليه شي وهي ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية واجاب عنه بقوله

قلنا

قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى
الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك الا اياك لا يصح
الا بمعنى الاعتاق فما وجه الشق الثاني من الترديد والثاني انه على ذلك التقرير يجب ان يقع
الطلاق من قبلها وهي اجنبية انت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع
والجواب عن الاول ان وجهه النظر الى لفظ العتق لتنبيه اثره فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك
في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بان العدد واعن القران
الذي هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزا وتعليقا مطلقا
وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة
كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك واذا قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا
اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد حرمت حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث
حيض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة كما في المسئلة
المتقدمة واعلم ان دليل محمد كما ذكر في الكتاب واضح ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وانا اذكره
بتوضيح تبعا للمصنف قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى يعني معنى على وجه التعليق حيث علقه
بالشرط الذي علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجي الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد
سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية فحكمهما ايضا والعتق يقارن الاعتاق لانه علته والحكم لا يتاخر
عن العلة زمانا عند المحققين سواء كانت العلة شرعية او عقلية اصله الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون
التطليق مقارنا للعتق لان التطليق مقارنا للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق لما ذكرنا
انه علته لا يتاخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح و **قوله** فيطلق بعد العتق فاسد لان
الطلاق حكم التطليق لا يتاخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن
العتق فان المقارن للمقارن للشي مقارن كذلك الشي فكيف يقع بعده واذا كان العلتان والمعلولان
معا فكما ان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك التطليق والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة
وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمد ايضا ان قوله انت حرة او جزء من قوله انت طالق ثنتين
وهما اي الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فينعقدان جزئيهما في الوجود
وهو قوله انت حرة فصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب لان قوله في زمان
واحد بناقض قوله فينعقد مرا وجزئيهما **فصل في تشبيه الطلاق ووصفه** ذكر وصف
الطلاق بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامراته انت طالق هكذا يشير بالابهام
والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصبع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترن
بالعدد المبهم لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا
وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعا وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان
اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتين وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله
سبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جا في الحديث السبابة وروي
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا
رسول الله صلى الله عليه وسلم بما فتوضا فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه فمسح بابهاميه ظاهر
اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوي في شرح الاثار و **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله
لان الاشارة بالاصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم و **قوله**

والاشارة تقع بالمشورة منها ظاهر و **قوله** ولنا انه وصفه اي وصف الطلاق بما يحتمله الا ترى
ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ولو لم يكن من محتملاته لم تحصل به فيكون هذا الوصف
لتعيين احد المحتملين واعترض عليه بانه لو كان محتملا لها لجازت نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة
بائنة اذا نوى وليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن
من قوله انت طالق تغيير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم
ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب
بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق
ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغيّر به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا
ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبره طلاقا فلا يلزم تغيير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق و **قوله**
ومسئلة الرجعة ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل يقع واحدة بائنة ولئن سلمنا فالفرق ان في قوله
ان لا رجعة تصريحا بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي
الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاده شيخي العلامة و **قوله** فيقع
واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت طالق بائن اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث
لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونه جنسا و **قوله**
تطليقتان بائنتان يعني عندنا وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان و **قوله** لان هذا
الوصف يعني قوله بائن او البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان بقوله انت طالق بائن او انت البتة
يصلح لابتداء الايقاع بان كان بقوله انت بائن او انت البتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى به
تطليقة اخرى ويكون تحرزا به عن جعله فكان كقوله انت طالق وانت بائن وكان ينبغي ان يكون احدهما
رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محالة
عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير
الى ان الاول يقع رجعيا ابدا فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا
صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان اراد
بقاءه رجعيا فليس بصحيح و **قوله** وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق
بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين ولو نوى بقوله
انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى يقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق
او اشره او اشده او اكبره او اسوأه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو
البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف باثره
فصار كانه قال انت بائن فان قيل افحش واشد ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا
والفحش والفاحش هو البائن والافحش منه الثلث فينبغي ان يقع الثلاث به نوى او لم ينو
اجيب بان افعل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير زيادة كقوله الناقص
والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور يسمى الاضافة بالمعنى الثاني وكلامه واضح لا يحتاج الى الشرح
وذكر الاصل الذي ينبني عليه اقوالهم وهو ايضا واضح و **قوله** وبيانه في قوله مثل
رأس الابرة يقع واحدة بائنة عند ابي حنيفة خاصة على تقدير ان يكون محمد مع ابي يوسف
و **قوله** مثل عظم رأس الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد لانه كان ولابي
يوسف ومحمد رحمهم الله و **قوله** مثل الجبل يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد لانه

كان مع ابي حنيفة و **قوله** مثل عظم الجبل يقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلوجود
التشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما عندهما فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس

فصل في ما يحل به المطلقة

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله احكام جمة ذكره في
فصل على حدة بعد ما ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير الموطوءة انت طالق ثلاثا وقعن قال الحسن البصري
رحمه الله يقع واحدة بقوله انت طالق وتبين بها لا الى عدة و **قوله** ثلاثا يصادفها وهي اجنبية
فلا يقع به شيء كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما قال في الكتاب وهو ان الواقع مصدر محذوف
لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع
بذكر العدد دال اخره وانما يقدر المصدر محذوفا لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة
فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع
مصدرا محذوفا ولم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لزاد عدد الطلاق وهو غير
مشروع فيقع جملة وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملا
فيكون كل واحد ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا يقع بالثانية اذا لم يذكر في اخر كلامه
ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية تصادفها وهي مبانة كما لو قال انت طالق واحدة
وواحدة ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد
فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا
قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا انه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد
وهذه اي هذه المسائل الثلاث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا
لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلاثا توافق ما قبلها وهو قوله واذا طلق
الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد
لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه
المسائل الثلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق
بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادف العدد وهي منكوحة حيث وقع الثلاث لكون الواقع
هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف و **قوله** ولو قال انت طالق واحدة قبل
واحدة اعلم ان الكلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها
واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت
اثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المصنف في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية
كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع
في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فاذا قال لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة
كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الاخرى وبفوت المحل ويلغو الثاني واذا قال
قبلها واحدة تكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال
والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان في الوقوع والتعدية في قوله بعد واحدة
صفة لما قبله فيقتضي ايقاع الاولى وايقاع الثانية قبلها فيقترنان لما مر وفي
قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى ويلغو الثانية لفوات المحلية ولو
قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان كلمة مع للقران

فتوقف الاولى على الثانية تحقيقا لمراده فوقعا معا وعن ابي يوسف انه في قوله معها انه يقع
واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه وجودا عنه وذلك في الطلاق بالوقوع و **قوله**
وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها
لبقاء المحلية بعد وقوع الاولى **قال** رحمه الله ولو قال لها ان دخلت الدار اذا علق بالشرط عددا
من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني كما اذا
قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول
كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال
ابو حنيفة يقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية فتجمع بينها
فيتعلق جملة وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا لان الجمع نوى
والجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فان تاخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع
المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحققه في الخارج لا يمكن الا باحد الوجهين وعلى اعتبار
الاول يقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها
انت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان في الزيادة على الواحدة شك
فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكلما كان كذلك يتوقف
في صدر الكلام عليه فيقع جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت
بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب على التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وبانت بالاولى
فلا تقع الثانية ولم يجب على التنصيص بلفظ الجمع و **قوله** ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف
فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا
تتعلقا كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث رحمه
الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح **وقوله** رحمه الله واما الضرب
الثاني وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو
الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها الا يجب العمل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من
دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ثم
الكناية على ضربين ما يكون الواقع بها واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة فالاول ثلاثة الفاظ
هي اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحد منها من احتمال المعنيين حتى يحتاج الى التعيين
بالنية او بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف في كل واحد منها ذلك وكلامه فيه
واضح و **قوله** لان قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى اي ثابت بالاقتضاء
في قوله اعتدي واستبري كما اشار اليه في قوله مقتضى طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير
طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا و **قوله** او مضمر يعني في قوله انت واحدة
و **قوله** ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ يعني سواء قال انت واحدة بالنصب او
بالرفع او بالسكون و **قوله** هو الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة
وان لم ينو لكونه صفة للطلقة اما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ تكون صفة لها
وقيل هو قول محمد وعند ابي يوسف يقع في الاحوال كلها لان نية الطلاق لم تعرى عن الغرض
وان اخطأ في الاعراب وان اسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل
سواء لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة

في الكتاب

في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا فان نوى ثنتين كانت
واحدة اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق
فان القاضي يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية واما جواز نية الثلاث فلان الواقع
بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمراة للحال ولا اتصال لها وجهان انقطاع يرجع الى الملك
وانقطاع يرجع الى المحل فيتحد المقتضى بتعدد المقتضي على احتمال فيصح تعيينه والمثنى في الواحد
بمعزل عن ذلك قال المصنف في الثلث سوى يعني القدوري رحمه الله اي القدوري سوى بين
الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حالة مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه بل ان ذلك فيما
لا يصلح ردا فلا بد من بيان وبين بقوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة
الرضى وحالة مذاكرة الطلاق بان تساله ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلاثة
اقسام ما يصلح جوابا وردا وهي سبعة اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استتري تخمري اما صلاحية
هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجي اترك سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واعزبي
وقومي واما تقنعي فمن القناعة او من القناع ومن الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوي واقنعي
بما رزقك الله مني من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو اهم
لك من سؤال الطلاق وكذلك قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار وما يصلح جوابا
لا ردا ثمانية الفاظ خلية برية بائنة بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري والخمسة الاولى
تصلح للسب والشتيمة ايضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضى لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية لما
قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية لتعيين احد المحتملين والقول قوله
في انكار النية مع يمينه وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح
جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال
الطلاق والحاكم انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا ويصلح ردا وهو الالفاظ السبعة
المتقدمة و **قوله** وما يجري هذا المجرى يريد به مثل اعزبي واستتري لانه احتمل الرد
وهو الادنى فيحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد
والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم وهو ثلاثة الفاظ اعتدي واختاري
وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي
يوسف انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك
وفارقتك وقال لم انو الطلاق صدق قيل فيها من احتمال معنى السب وهذه اربعة
الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف بالخمسة المذكورة
المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه
لانك اقل من ان تنسبي الي بالملك او انسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك
واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك في المضجع لدفرك وعدم
نظافتك والحقي باهلك لانك اوحش من ان تكوني حليلتي **قال** رحمه الله ويقع البائن
بما سوى الثلاثة الاول مذهبا ثم وقوع البائن بما سوى الاول مذهبنا وهو مذهب
عامة الصحابة رضي الله عنهم وقال الشافعي يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي
الله عنهما لان الواقع طلاق واحد لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية والكنايات
عن الطلاق طلاق ولهذا ينقص به العدد والطلاق يعقب الرجعة كالصريح فانه انما

يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا واما ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية
شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية فلا خفا فيه لان الكلام في
الاهل واما المحل فثابتة ولهذا كانت المراة محلا للبينونة الغليظة الغليظة بالاتفاق
واما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها
دل على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف احدهما قوله لئلا ينسد عليه باب التدارك
والثاني قوله ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد و **قوله** باب التدارك اي تدارك دفع المراة
عن نفسه لانه لو لم تقع البينونة عند نيته عسى تقع المراة عليه بنفسها وقبلته بشهوة وتثبت
الرجعة والزوج يريد فراقها الى ذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه
تفسير الوجه الثاني وان جعلت الثاني تفسير الاول بالعطف فسد ايضا لكنه جملة لان وقوع المراجعة
من غير قصد لا يستقيم على مذهب واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى ان يفسر قوله
كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المراة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها
على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد
عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره
ما ذكره صاحب النهاية بقوله فان قيل هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة قد يصدر من اهله الى
اخره فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف ابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف
الابانة صدر من اهله والجواب ان هذا ان هذا الدليل يدل على الابانة التي يمكن بها التدارك ولا
يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها لا بد منها ومتى لا يمكن ان تكون البينونة الغليظة
لانسداد باب التدارك بها فتعين ان تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة و **قوله** وليست كنايات
على التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق الصريح انما يكون كالصريح في العمل انه لو كانت
حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها و **قوله** والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب
عن قوله ولهذا يشترط النية وتقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس
كذلك بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن
لا للطلاق المجرد و **قوله** وانتقاص العدد جواب عن قوله وبنقص العدد وتحقيقه وتقريره
ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص
العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا و **قوله** انما تصح نية الثلاث جواب
عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلث في قوله انت بائن ثلاثا كما لا يصح في قوله
انت طالق لانه عوامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلث لم يكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من
حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن
ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني في اوائل باب ايقاع الطلاق
وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا الى اخره **قال** رحمه الله وان قال لها
اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاثا نوى
بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم تقع شي نوى بالاولى طلاقا لا غير وقعت ثلاثا نوى بالثانية طلاقا
لا غير وقعت ثنتان • نوى بالثالثة طلاقا لا غير وقعت واحدة • نوى بالاولى حيضا لا غير وقعت
ثلاث نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير
وقعت ثنتان • نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة • نوى بالاولين طلاقا

لا غير وقعت ثلاث • نوى بالاخرين طلاقا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالاولين حيضا لا
غير وقعت ثنتان • نوى بالاخرين حيضا لا غير وقعت واحدة • نوى بالاولى والثالثة
طلاقا لا غير وقعت ثلاث • نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان • نوى بالاولى
والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان • نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت
ثلاث نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان • نوى بالاولى والثالثة حيضا وقعت
وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان • نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبنا
هذه الوجوه على الاقتضاء على حالة مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك
والله الموفق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره
والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره فجعله بابا على حدة واخره
لان الاصل تصرف المرء لنفسه **فصل في الاختيار** هذا الباب ثلاثة فصول بالاستقراء وذكرها
متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا فالقياس يقتضي ان لا يقع بهذا شي وان
نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك
لا يقع شي ومن لا يملك شيا لا يملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة
روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعايشة رضي الله عنهم
انهم قالوا اذا خير الرجل امراته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار
لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع **وقوله** ولانه تمليك دليل معقول على ان لا
تقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام
عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التابيد ساير لكن تركنا هذا القياس باثار الصحابة
رضي الله عنهم والمصنف جعله كالبيع في كونه تمليكا ثم لا يخلو اما ان يكون البيع مما لا ينافيه ومما لا ينافيه
فان كان الاول فالقياس اعني قياس المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني
كان الاحسن كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي
ان يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي ان يكون الوكيل عاملا لغيره والمراة بعد التخيير انما تعمل
لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا واورد على ذلك شبهة احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابرا
ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الا
والثانية ان التخيير لو كان تمليكا لورد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو
قال طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها طلاقها
لما حنث واجاب عن الاولى بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني
غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالته والضمني
غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال في مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا
بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره والقول التمليك هو الاقدار الشرعي
على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن
الثانية ان التخيير تمليك لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه
فلم يتواردا المالكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة فالممنوع مذكور

في الزنا دافتم المراة اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شي وقال علي رضي الله عنه
يقع تطليقة رجعيه كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما ناخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع
في ذلك شي وقالت عايشه رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا واذا اختارت
نفسها فواحدة باينة عندنا وهو قول علي رضي الله عنه لان لاختيارها نفسها ثبوت اختصاصها بها وذلك في
البائن فلا يقع ثلاث وان نوى الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم و **قوله** ولا بد
من ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق ارادة الطلاق
البائن من التخيير قال البينونة كما تثبت عند ذكر النفس في احد الكلامين كذلك يقع بذكر ما يقوم مقام
النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح و **قوله** حتى لو قال لها اختاري فقالت
اخترت فهو باطل قيل هذا اذا لم يصدقها الزوج انها اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان
الكلام مبهمين و **قوله** ولا تعيين مع الابهام و **قوله** ولو قال اختاري نفسك ظاهر و **قوله**
فيتضمن اعادة فيه اي اعادة كلامه فكانها قالت اخترت ما امرتني باختياره وهو النفس و **قوله**
وكذا لو قال اختاري اختيارة بيان لما يقوم مقام النفس في التفسير لان الهاء اي التاء في اختيارة
تنبي عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد انما يكون باختيارها نفسها لانه يتجدد بان قال لها اختاري نفسك
بتطليقة وتتعدد اخرى بان قال اختاري نفسك بما شئت او ثلث فصار مفسرا من جانبه بخلاف اختيار
الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ايقاع النكاح وهو غير متعدد و **قوله** ولو قال لها اختاري
فقالت اخترت نفسي ظاهر ولم يذكر كلام المراة وقوع المراة مفسرا بذكر الاختيارة كما لو قال الزوج
اختاري فقالت المراة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار
ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذلك بالنسبة الى ذكر الاختيارة ولو قال
اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني ان اراد به
الاستقبال ويحتمله ان لم ترد مضي فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع
الطلاق بهذا وجه الاستحسان حديث عايشة رضي الله عنها وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا ايها
النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا بدا رسول
الله صلى الله عليه وسلم بعايشة رضي الله عنها فقال اني مخبرك بامر فلا تحدثي حتى تستامري ابويك ثم اخبر
بالاية فقالت افي هذا استامر ابوي بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا
منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز بها في
الاستقبال والحقيقة ان يكون مراده كما في كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد
ان محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك ايمانا منه لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا ولا يصار
الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثمه حالة قايمة بالمتكلم
يتم قوله اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان
حكاية عن فعل قايم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم لم يوجد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه ولا
كذلك اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قايمة وهي اختيارها نفسها لان الاختيار من عمل القلب
فيكون الذكر باللسان حكاية عن امر قايم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة
في الحال بان النحويين اتفقوا على ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف
بالموضوعات واجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان احد معنى المشترك يترجح بدلالة
تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة الحال به اذ العادة العرفية والشرعية تدلان

على

على ان مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وانا املك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا
من كلمة الشهادة واداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل وايضا القول
بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحويين فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول ووظيفة
البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم واهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل
ما قال به المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقها والمصنف منهم
لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى لان
الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف **قال** رحمه الله ولو قال لها اختاري اختاري اختاري او لو قال لها
اختاري ثلاث مرات فقالت قد اخترت الاولى والوسطى والاخيرة طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله
ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت
من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر وكان متعينا فلا يحتاج
الى ذكر النفس لزوال الابهام قالا الاولى والاوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل
ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكانها قالت اخترت نفسي التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت
الاولى اخترت ما صار الي بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكانها صرحت بذلك
وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه
كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا اخر وانما الترتيب في فعل
الاعيان يقال هذا جا اولا وهذا جا اخرا وكما لا ترتيب فيه يلغو الكلام الذي هو للترتيب وهو الاولى
واخرها واذا الغي اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد لا ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة
الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا الغي في حق الاصل لغي في حق البناء واذا الغي فيهما بقي قولها اخترت
وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلث وفيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق الكلام على الاولى والوسطى
والاخيرة وكل منهما مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد اصلا والتر تيب
هنا لكونه يتم من وصفه والجواب عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف
المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على كلام الاصطلاح وجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل
وارادة الجزء وعن الثاني ان الكلام في ذلك صفة والصفة ما دل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون
الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب اصل والافراد من ضروراته
لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي لزمها الفرد به في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين
خيرا ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت
نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري فهي واحدة تملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قوله قد
طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يوجب الانطلاق اي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ
الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل
اذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يوجب البينونة اشار الى الجواب بقوله
فكانها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها لكونه من الكنايات قال
الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان هذا تفويض بالابانة لا غير والاصح من الرواية فهي واحدة
لا يملك الرجعة لان رواية المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى
الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل ايضا يساعد ما ذكر في عامة
النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان لما وقع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول

اكثر من الواحدة وانما تكون باينا لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير باين لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة تملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا كقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا اصلح بالعكس لكون الطلاق اقوى وههنا لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى صحة ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان قولها اخترت جوابا له

فصل في الامر باليد

اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك ثابت باجماع الصحابة رضي الله عنهم اذا جعل الرجل امر امراته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسايل قال في النهاية الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك للامر فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي انه لا يصح قياسا كما في الاختيار الا اذا ثبت انه اذا قال امري منك بيدك او امرك مني بيدك وقع الطلاق فحينئذ يقع واذا قال لامراته امرك بيدك تنوي الثلاث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث وبيانه يحتاج الى ثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلاث اما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير وكانا متساويين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على الثلاث فلان الواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي مرة واحدة اي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهو في الاولى للاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها وبذلك اي بقوله اخترت نفسي مرة واحدة يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي باختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض اليها ذلك ولو قالت يعني في جواب قوله لها امرك بيدك قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة باينة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهو في الاولى الاختيارة ما تقدم من قوله والواحدة صفة الاختيارة لانه اعاده لبيان قرينة المحذوف فكانه قال وهي في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فيكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون باينة لان امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها باين فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض في الباين ضرورة انه ملكها امرها فقوله في الباين حال وتقديره التفويض حصل في الباين لضرورة انه ملكها امرها فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فتغير الصيغة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المراة ليكون كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب امرك بيدك عند المصنف

حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثانية باينا كما تقدم ذكره وهل هذا الا دليل على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار القياس فيه ان لا يقع به الطلاق وان نواه الزوج الا انا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في الباين فليس فيه ما يمنع من صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلنا من صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما يصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد به الاشيا كلها واذا كان الامر اسما عاما يطلق اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع

قال رحمه الله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فانها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا امرين ينفرد احد لا يرتد الاخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم و قوله اذا ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل هو كما ترى ايراد ملبس وان كان ظاهرا وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد في كون احدهما معطوفا على الاخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التاقيت فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل احدهما بالاخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فتوقت بالاول وجعل الثاني امرا مبتدا كانه قال وامرك بيدك بعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر و قوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه ليس للمراة ان ترد الامر باليد الذي صدر من زوجها بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها عليها بقوله انت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان فكان لها ان تختار نفسها غدا و قوله وجه الظاهر ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال شمس الايمة هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضي خان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلافا لاحد و قوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها ظاهر مما قدمناه في اخر فصل اضافة الطلاق واليه اشار بقوله وقد حققناه من قبل قوله فيتوقت به اي بالنهار ثم ينقضي بانقضايه وان جعل امرها بيدها او خيرها ثلثة ايام لم تعلم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف براي نفسه وهذه تتصرف براي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده باليومين فايدة لان المراة اذا لم تقم من مجلسها يوما واكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس وبينهما تناف ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها

ذلك اي الذي في مجلسها بعد ما سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبة او لصمم فمجلس علمها ان
وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس
كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك ف
انت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل
على معنيهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له واجيب بان التمليك الذي هو معتبر
فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا
الاعتبار صار الامر بيدها في المدة التي وقتها لو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتاقيت
فايدة وبهذا اخرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فان
كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم
ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت
غايبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة فالخيار باق
لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حيث
يعتبر مجلسهما جميعا فان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الاخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق
ولهذا لو رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الاخر جاز واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل
بالتحول يعني الى مجلس اخر ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بيناه في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس
المناظرة الى اخره وقوله ويخرج الامر من يدها ظاهر وقوله ليس للتقييد براي باليوم لانه لو زاد
على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد رحمه الله
في الجامع الصغير وقوله ولو كانت قايمة فجلست ظاهر وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير
اصح لانه من جزيه امر قد يستند للتفكر لما ان الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله ففيه
روايتان عن ابي يوسف في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن بن ابي مالك عنه يبطل وهو
قول زفر ووجه الرواية مندرج فيما ذكرنا قيل انما خص ابو يوسف بالذكر وان احتمل ان يكون قول
صاحبه كذلك لانهما نقلتا عنه وقوله ولو قالت ادعوا ابي استشيره ظاهر وقوله والسفينة
بمنزلة البيت يعني انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر

فصل في المشية

فالتقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السوال عن تقدم الامر باليد والمشية دوري
فيسقط ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي
واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقع وسواء طلقت جملة او
متفرقة وقوله لان قوله طلقي ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشية فكان لا بد ان ابتداء به
مسيله فيها ذكر المشية اولى وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت
اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما ما ذكر في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت
لقطع وصلة النكاح الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت
ذلك بانت فالفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض
في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسوال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه
اي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعية انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان
يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف او يلغوا الوصف لرعاية الاصل والثاني الوصف لتصحيح الاصل
اولى فصير اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة باينة وقوله وينبغي

ان نفع

ان نفع تطليقة رجعية اتماما قال هذا تفسير الكلام محمد فانه قال طلقت ولم
يتعرض لشي اخر واري انه مستغني عنه لان كونها رجعية يعلم من كونه قوله فيلغوا الو
الزايد ويثبت الاصل وقوله خلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق
وهو واضح وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها حيث كان
المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل
للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف انها تطلق طلاقا باينا لان الزوج مكنها ايقاع الطلاق
مطلقا وهو يعم كلا ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب
والفقه هو الاول اعني ظاهر الرواية وان قال لها طلقي واضح وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين
والاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احدهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك
باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون
معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك
والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما في وجوده تردد وجو
طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كاين لا محالة طبعا وعادة فلا يصح شرطا واجيب عن الثانية
بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمراة في طلاق نفسها عاملة
لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق الضرة
اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان يكونا من باب المشية اولا وا شمول
التمليك او شمول التوكيل والتحكم الباطل وقوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت واضح ولقا
ان يقول التمليك في هذه الصورة موجود والا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس
كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من
من احكام التمليك والحكم قد يتاخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضع
الاصول وقوله واذا قال لرجل طلق امراتي واضح ومناطه ما ذكرنا في التمليك والتوكيل من ان
المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه ولو قال لرجل طلقها ان شيت فله ان يطلقها
في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية
كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيته لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله لغيبا
واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شيت فان ذكر المشية
لا يخرج التوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن
مشيته لا يقال قد تبين انفا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيته لانا نقول المشية نوعان مشية
ينفر اليها الحركة للارادية وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشية اخرى يترتب عليها استحسان
الفعل وتركه والاولى ثابتة في الوكيل مع جهة خطر فيهما قوله طلقها ايقاعا للفعل للموكل والثا
انها تكون في المالك وقد فوض اليه بقوله ان شيت فكان تمليكا هذا ما امكنني تلخيصه من
كلام المشايخ ولقايل ان يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه
الصورة واقول اذا بني الكلام على ما قدمت ان التمليك اقدار شرعي على محل التصرف
والتوكيل اقدار شرعي على نفس التصرف فلا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط وهذا
الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على ما مر ثم اقول والوكيل بالطلاق كالرسول وحيث
لا ينحصر ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله

طلقي حتى لا يسوغ قوله لاجنبي طلق امرأتي فيحتمل الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الفرع فتامله فلعله مخلص قوله والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر وصورة النزاع على البيع فانه قيل هذا توكيل بالبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق واجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع قال رحمه الله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا هذا لبيان مخالفة المراة زوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة واما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقها وصرتها وكما تقدم فيما اذا قال طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زاد من صفة البينونة بعد ما المطابقة في اصل الطلاق فيكون بقولها طلقت نفسي ممتثله ويلغو قولها ثلاثا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على الجازته وكلامه فيه ظاهر فانه قيل قد ثبت من مذهبنا اصل الجواب الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة او المقصورة واما الثلاث هنا فمعدومة والواحد الموجود غير الثلث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة فطلقت نفسها ثلثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها اذ الثلث غير الواحدة على ما ذكر اجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشي فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما اوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة قوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر وكذا ان قوله وقال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلاث اذ الشرط لا بد له من جزاء فلنا ان يكون المتقدم عليه او يقدر مثله متاخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشية الثلاث ولم يوجد بمشية الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة رحمه الله لان الشرط مشية الثلاث ومشية الثلاث ليست مشية للواحدة كما ان ايقاع الثلاث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين احدهما انه كان ينبغي ان يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك اي بلفظ من الطلاق فينبغي ان لا يحتاج الى النية واجيب عن الاول بان كلامه بنا على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشئة فيكون شائيا لمشيتها الطلاق لا يقال كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغى بالاشتغال بما لا يعنيها فيلغوا ما يبنى عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده ايقاعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا قوله اذ المشئة ينبئ عن الوجود فقيل لان المشيئة في الاصل ماخوذة من الشي وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال صلى الله عليه وسلم الحمى رائد الموت اي طالبه فان قيل ذهب علماؤنا

رحمهم الله

رحمهم الله في اصول الدين الى ان الاراده والمشيه واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز ان يكون بينهما التفرقة بالنسبة الى العباد وتسويتها بالنسبة الى الله تعالى لان ما شا الله كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد قوله وكذا شئت ان شا ابي ظاهر وقوله لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك واجيب بان بطلان التالي ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم وقوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت الى اخره واضح وقوله فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك وقوله وقد مر من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولو قال لها انت طالق كلما شئت ظاهر وقوله فلا تملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو ان تقول طلقت نفسي ثلاثا والجمع ان تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة وهذا هو الظاهر ولو قال لها انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل اذا الغي ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة اجيب بان حيث واين يفيدان ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فيشتركان في تحقيق معنى التاخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان واما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا او متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن اذا او متى اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى لانها محض الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لو قوعه في زمان دون زمان واما اذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال انت طالق غدا وعموما كما لو قال انت طالق في اي وقت قال وان قال لها انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا رحمهم الله فيما اذا قال لها انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيتها او لا فقال ابو حنيفة لا يتعلق بل يقع طلقة واحدة ولا مشية لها ان لم يدخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشية اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو اما ان نوى الزوج شيا او لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيتها في الكم والكيف فيما اذا لم يكن مقصودا موجبا للتخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها فذلك وان اختلفتا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا او بالعكس فهي واحدة رجعية وقالا لا يقع شي لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشا فاذا شاءت وقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلث لانه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسوال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الاصل بمشيتها ليثبت لها المشية في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله والا كان كيف لطلبه وليس كذلك ودخ وجود الطلاق لوقوعه وهو ظاهر وههنا سوال مشهور وهو ان المنقول انه لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان يستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين احديهما وقد روي عن الطحاوي ان المراة ان تجعل الطلاق ثانيا او ثلاثا في قول ابي حنيفة قال صاحب النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال فما قرع سمعي جواب يجب التعويل عليه ما ذكره الطحاوي والقائل ان يقول لا مناسبة لهذا التفويض بعامة التفويضات الا في كونه تفويضا

وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر يوضحه ان المنا
الى المشيه ما علق بها والتعليق بالمشية انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق ليس فيه شي منه وهي لا تعلق
لها بالاصل اصلا فيكون منجز اصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشي مبهما قبل وجود الاصل
ممتنع الا ان في غير المدخول بها لا اثر لمشية الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيتها
وفي الموطوة الحاق بعد وجود الاصل فلها المشية بعد وقوعه **قوله** وعلى هذا الخلاف العتاق يعني
اذا قال لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة رحمه الله ولا خيار للعتق بعوض اليه وعندهما لا
يعتق حتى يشا وانما قال في الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة لان ما اورده في هذا الاصل من
مسايل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة لا غير فذكره
ليبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل وان قال انت طالق كم شئت
او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ذكر في اصل جامع رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها
واحدة او ثنتين او ثلاثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه
ان يطلقها ثلاثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشية
القدرة لا مشية الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليومن ومن شاء فليكفر على انه
روي عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص
اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها **قوله** لانهما يعني كم وما يستعملان للعدد فقد
فوض اليها اي عدد شاءت فان قيل هذا في كم مسلم واما فيما فهي مستعملة للوقت كما يستعمل للعدد
قال الله تعالى ما دمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد اليها فلا يثبت
العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح باصل اخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك
لانه تفويض الى المراة امر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت
معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح
يتوقف على ما ورا المجلس فيتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول
كالاصل فالترجيح اولى فان قامت عن المجلس بطل لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس
وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد ليس فيه ما يدل على التكرار وقيل هو احتراز عن كلما
وكل ما هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسوال وذلك الجواب الواحد ينبغي
ان يكون في الحال لانه خطاب في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مراد قيل هو احتراز
عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في
الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق
نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها ان تطلقها ثلاثا لان كلمه
ما محكم في التعميم وكلمة من قد يكون للتمييز يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من
الاوثان وقد يكون للتبعيض ويكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فحمل المحكم
على الحكم وجعل بيانا كما اذا قال كل من طلع اي ما شئت او طلق من نساي من شئت ولابي حنيفة رحمه الله
ان كلمة حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك
لانه بالنسبة الى الواحدة عامة وبالنسبة الى الثالث بعض فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يتناول الواحد لانه ليس
بعام اجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل احدهما وفيما استشهدا به ترك
التبعيض بدليل خارجي وهو اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية فان النكرة اذا اتصفت

بصفة عامة تعم كما عرف وههنا ارد لك حتى لو قال من شئت كان على الخلاف قيل ثم انها ان طلقت نفسها
ثلثا لا يقع شي عند ابي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها لا يقع فكذا التي فوض
اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقدم

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق والشرط
والمركب موخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر يدل على معنى الشرط فهو في
الحقيقة شرط وجزا سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافه للمحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق
والظهار الى الملك جايزة الى الملك سوا كانت على الخصوص كما اذا قال لامراة ان تزوجتك فانت طالق او على
العموم كقوله كل امراة اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر رضي الله عنه روي ذلك عنه في الظهار وقال
الشافعي رحمه الله لا يصح وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه
لا طلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امراة فابى اولياؤها
ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسيل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزا وكل ما هو كذلك
لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق
لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ عند الشرط وانتفا المانع بوجود الشرط
وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف لوجود الشرط والجزا وقيام الملك
في الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه ولا يحتاج الى اشتراطه
في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عرية عن الملك ظاهرا لان الظاهر
عدم ما يحدث فضلا عن المتيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قايم به **قوله** وقبل ذلك
اي قبل وجود الشرط اثره المنع وهو قايم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطها
في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير **قوله**
والحديث يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق
وتحقيقه انهم سالوه صلى الله عليه وسلم عن ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام
فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جايز وليس بجايز وليس في الحديث ما يدل على نفيه
او اثباته والحمل على التنجيز ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبد
الله واذا اضافه الى الشرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق
وهذا بالاتفاق لان الملك قايم في الحال والظاهر بقاوه الى وقت الشرط لان الاصل بقا الشي على
ما هو استصحاب الحال لا بقا الحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة
لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه **قوله** فصح يمينا يعني
عندنا علما وايقاعا يعني عند الشافعي فان عنده كونه طلاقا يتحقق لا التطليق فكان ايقاعا
في الحال ولكن لم يثبت حكمه فيه ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه
او يضيفه الى ملك لان الجزا لا بد ان يكون ظاهرا وهو اي غالب الوجود والظهور باحد هذ
الامرين اما ان الجزا لا بد ان يكون ظاهرا فليكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو
القوة فان الحامل على الحمل وعلى المنع الذين عقد اليمين لاجلهما هو قوة خوف الجزا والخوف انما
يكون اذا كان الجزا غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره باحد هذين فلانه اذا انعدما
انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعني الحمل والمنع والاضافة الى سبب الملك كقوله ان اشتريتك

فانه نحو منزلة الاضافة الى الملك كقوله ان ملكتك فانت حر لانه اي الجزا ظاهر عند سببه يعني سبب الملك **قوله** فان قال لاجنبية تفريع على ما تقدم من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز ان يقدر ان تزوجتك حتى يكون معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغا واجيب بان فعل اليمين مما يدم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يودي الى مذمته كذا قاله عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولين كان فقد يقع فيما يكون محمودا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاولى فظاهر لان التزوج اعلا رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه اصول الفقه **قال** رحمه الله والفاظ الشرط عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسما ولم يورد لحد حرف الشرط وضعا وهو لو قال في الهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفا في جوابهن بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين بعقد للحمل او المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشي لامتناع غيره في الماضي فلا مدخل لها في ذلك **قوله** لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكره في الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو ان يجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيفقد لذلك ليستقيم وهذه الالفاظ ما يليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وذلك طريق معرفتها واما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فقد يليه هنا لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الالفاظ وقد يليه ان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ ما يليها الافعال وهذا ايضا مسلم ولكن قوله فيكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين لمذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح **قوله** الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار فيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين فان من قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلك فكان الواجب ان يقول في الاستثنا الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا انفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزا والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما حصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين وهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتها باعتبار عموم الاسم لم ينشا من منشا الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الثلث فان تزوجها بعد زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شي لان الجزا طلقات هذا الملك ولم يبق شي منها وبقا اليمين ببقا الشرط والجزا فاذا انتفى الجزا ينتفي الكل وفيه خلاف زفر ويتمشى ولو دخلت على نفس التزوج فان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج اخر لما ذكر ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور **قال** رحمه الله

وزوال الملك بعد الملك لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما مر انه بقا اليمين بالشرط والجزا والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزا ايضا باق لبقا المحل ومتى بقيت المنزلة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان المحل والجزا باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقايه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتدا بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقا اولى لان البقا اسهل من الابتدا ثم ذلك لا يخلو اما ان يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزا المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شي لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح **قوله** ولم تطلق لانه ليس على ظاهر من انما اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع **قوله** حاقبل في العدة والغشيان اما قبولها في العدة فبان تقول قد انقضت ولم تنقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان يقبل قولها في حق الجماع وحرمته بقولها انا طاهرة او حايض **قوله** لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها فيه تشويش لانها لا تخلو من الحيض وعدمه والمال شمول طلاقها او شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فالمال يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فكذلك يستلزم كون الشي موجودا معدوما في حالة واحدة وهو محال والجواب بان الشرع اثبت لقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضايهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والاخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضا الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثمة اختلاف في مقتضي وجوده وعدمه **قوله** وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر **قوله** لما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها **قوله** ولا يتيقن بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به **قوله** وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها ظاهر **قوله** واذا قال اذا حضت فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد حر كان امر حين ات الدم حتى كان الاكتساب له وكان الطلاق بدعيا ولو قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت **قوله** في حديث الاستبرا يريد به ما قال صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس ولا الحبالى حتى يستبرين بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهايه بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة ايام وبالانقطاع والغسل او ما يقوم مقامه اذا كانت ايامها دون العشرة **قوله** واذا قال انت طالق اذا صمت يوما ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت صوما فحكمه كذلك بخلاف ما اذا قال اذا صمت فانه اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب **قال** رحمه الله ومن قال لامراته اذا ولدت غلاما فانت طالق

واحدة هذه المسئلة لا تخلو عن اوجه ان علما ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت عدتها
بالجارية فلا شي بعده وان علما ان الجارية ولدت اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج
لانكاره الزيادة وان لم يدر ايهما اول لزمه في القضا واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه
وهو التباعد عن السوء تطليقتا أُخرى حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطأها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال
انها مطلقة وترك وطي امراة يحل له وطيها خير من ان يطأ امراة محرمة عليه **وقوله** والعدة منقضية
بيقين لما بينا يريد قوله لا يخلو ولدت الغلام اولا الى اخره وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع
الحمل **وقوله** ان كلمت ابا عمرو على ما ذكره في الكتاب واضح سوى الفاظ نذكرها **قوله** فيخرج الطلاق
كشي واحد ابي من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان له شرط واحد
لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان صحة الكلام اي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم
وهي قائمة به فيكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى الملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق
ليصير الجزا غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه
الى وقت وجود الشرط واذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون تخويفا حالا ولا مانعا وحالة تمام الشرط
لنزول الجزا لكونه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين
تقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فانت بالشرط
فانها تطلق بالاتفاق ولم يبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه
لا يضر **وقوله** ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا
تظهر فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج اخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع
عليها الثلاث بالاتفاق اما عند محمد فلعدم الهدم واما عندهما فان الزوج الثاني هدم فبالدخول الدار
يقع الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار وانما يظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول
الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار ثبتت الحرمة الغليظة
عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا يثبت لتحققه وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها
انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شي وقال زفر
يقع الثلاث لان الجزا مطلق لاطلاق اللفظ اذ لم يتقيد بطلقات في ملك دون ملك فلا يتقيد
قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج اخر فيبقى اليمين فاذا وجد
الحل يقع الجزا ولنا ان الجزا طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان
مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزا لان اليمين للمنع او الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزا
طلقات هذا الملك بدلالة الحال واذا كان الجزا ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فان اليمين
لما تقدم ان بقا اليمين بالشرط والجزا وقد فات الجزا والكل ينتفي بانتفا جزيه واعترض بان
انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور
فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا واجيب بان لا اعتبار للغالب الشايع دون
النادر وفيه نظر لان السوال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا وانما هو وارد في الوجوه
الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب ان بقا الشرط في مثل ذلك واخبارها
عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور **وقوله** بخلاف ما اذا ابانها متعلق بقوله وقد فات بتنجيز
الثلاث اي فات الجزء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث
لا يفوت الجزء لبقا المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج اخر عادت بثلاث طلقات عند ابي حنيفة

وابي

وابي يوسف وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت
الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين
مسئلة الظهار فان هذه المراة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلاثا
ثم عادت اليه بعد زوج اخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب عن الاول بان العبد بصفة
الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فات بالعتق لم يبق اليمين وعن الثاني بان محلية
الظهار لا يعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة
متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني لا انها ان دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث انما
لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج
بها فاذا دخلت الدار حينيذ ثبت الظهار **قوله** ولو قال لامراته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا
ظاهر **وقوله** في الفصل الاول يعني اذا لم يخرجه **وقوله** لوجود الجماع بالدوام عليه معناه انه
جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي **وقوله** ولا دوام للادخال معناه
ان للدوام حكم الابتدا فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له **وقوله** وجب العقر
قال في ديوان الادب العقر مهر المراة اذا وطيت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام
العتابي العقر في شرح الجامع الصغير **وقوله** لوجود المساس اشارة الى ان هذا الحكم لا
فيما له دوام الجماع فيكون للبقا كابتدا الوجود عند ابي يوسف واما دوام المساس فهو موجود
بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي ان يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

فصل في الاستثنا

الاستثنا هو التكلم بالباقي بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتناسبهما في كونهما بيان التغيير ولما
كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثنا لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثنا ولما كانت
مسئلة ان شا الله تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثنا القوة المناسبة
من حيث ان كل واحد منهما المنع اول الكلام وباعتبار ان ان شا الله تعالى يسمى استثنا قال ولا يستثنون واختلفوا
في قوله ان شا الله بعد ذكر الجمل للابطال او للتعليق فذهب ابو يوسف الى الاول ومحمد الى الثاني
والى هذا اشار المصنف في باب الاستثنا من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثنا بمشية الله
تعالى اما ابطال او تعليق ويتاكد ثمرة هذا الاختلاف فيما اذا كان ان شا الله تعالى واذا قال لامراته
انت طالق ان شا الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق
وقال ان شا الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته
لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشية الله ليست كذلك لثبوتها قطعا وانتفا
كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة والتعليق اعدام
اي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل فيكون
ابطالا للكلام ولهذا اشترط ان يكون متصلا به بمنزلة ساير الشروط لكونه بيان تغيير وشرطه
الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثنا او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول
وقوله فيكون الاستثنا يعني قول محمد وذكر الشرط على قول ابي يوسف **وقوله** وكذا اذا ماتت
معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني واذا ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شا الله لا يقع
الطلاق لان الكلام خرج بالاستثنا من ان يكون ايجابا واذا بطل الحكم فان قبل الايجاب وجد في حياتها
والاستثنا بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثنا صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب

بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني ان الايجاب لو اتصل الموت بان يموت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل يعني وهو الاستثنا او الشرط فلا يبطل لان مبطل الشي ماينافيه ولا منافاة بين مبطل و مبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شا الله وهو يريد الاستثنا حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثنا وانما يعلم ارادته الاستثنا بقوله قبل ذلك في الحو امراتي و استثني وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثنا القليل والكثير سوا خلافا للفرا فانه لا يجوز الا كثر و يدعي انه لم تتكلم به العرب والاصل ان الاستثنا تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنا منه بعد الاستثنا هو الصحيح احتراز عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم والا بقا العشرة الا تسعة فصح استثنا البعض قليلا كان او كثيرا او اكثر من الجملة لبقا التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثنا الكل من الكل مثل ان يقول له علي عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثنا شي يصير متكلما به وصار فالفظ اليه فبقي كلامه الاول كما كان فوقع الثلاث وقد ظن بعض اصحابنا ان الاستثنا رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما انه ابطل استثنا الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثني بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثنا الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نساي طوالق الا كل نساي لا يصح لان الاستثنا يبطل كلين ولو قال كل نساي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثنا الكل من الكل وهذا لان الاستثنا تصرف لفظي فيصح فيما يصح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء عن الكل صح لفظا كذا ما بقي اذ لو كان الاستثنا يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشرا الا تسعا لما انه لا مزيد على الثلث شرعًا و هو يصح بلا خلاف و **قوله** وانما يصح اذا كان موصولا به ظاهر والله اعلم بالصواب ————

باب طلاق المريض

لما فرغ من طلاق الصحيح سنيا او بدعيا صريحا وكناية تنجيزا او تعليقا كلا وجزاً شرع في بيان طلاق المريض منعوضا البعض ماذكر اذ المرض من العوارض السماوية فاخر بيانه عن بيان حكم من به الاصل وهو الصحة واذا طلق الرجل امراته في مرض موته وهذا يسمى طلاق والاصل فيه ان من ابان امراته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي رحمه الله قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها باينا في مرض فصح منه لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كان برضاها لا ترثه وممن ترثه لانها ان كانت كتابية او امة لا ترث و بالموت في العدة لانها ان ماتت بعد انقضايها لم ترث خلافا لمالك رحمه الله وحكم الفرار كما يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها قال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين يعني قبل انقضا العدة وبعدها لان سبب ارثها منه في مرض موته الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد ابطال هذا السبب بالطلاق وهو ايضا ظاهر فيرد عليه قصده بتاخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضا العدة دفعا للضرر عنها فان قيل ان كان سبب تاخير العمل رفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضا العدة وما بعده اجاب بقوله وقد امكن يعني انما يصح توريثها منه اذا امكن تاخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قايما وقد امكن لكن الى زمان انقضا العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الاثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت ونكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها منه دفعا للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضا العدة لان التاخير فيه غير ممكن لعدم بقا النكاح

اصلا

اصلا و**قوله** والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت ومعناه ان الزوج اذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المراة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق حقه بمالها واما لانه رضي بحرمانه عن الارث حيث اقدم على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح قايما بوجه من الوجوه و **قوله** فيبطل في حقه قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فانه لا وجه له و **قوله** وان طلقها بامرها ظاهر فان قيل الطلاق لا يربو على قولها اسقطت ميراثي من فلانة وثمة لا يسقط والجواب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفع فاذا لم ترض برفعها جعلناها قايمة في حقها حكما واذا رضيت حكمنا بارتفاعها فيسقط الارث ضمنا له وكم من حكم يثبت ضمنا فلا يثبت قصدا وكذلك اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وفي الخلع فقد التزمت المال ليحصل الفرقة وهو ادل على الرضا بها و **قوله** وان قال لها في مرضه هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة رحمه الله ويجب ما اقر واوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر رحمه الله وقولهما في الاولى كقول زفر رحمه الله وفي الثانية كقول ابي حنيفة رحمه الله قال زفر الميراث لما بطل بسوالها او تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية واذا زال المانع يعمل المقتضي عمله ووجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضا العدة صارت اجنبية فانعدمت التهمة واستوضح على ذلك بقوله الا ترى وقوله وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجية على ساير الورثة بزيادة نصيب لها كما في حقيقة الزوجية ولكن هو عدم صحة الاقرار والوصية بدار على دليل التهمة ولهذا يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيقه هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا انه يتواضع في بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره ولكنه امر مبطن له سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقامه الشرع مقام ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه كذا في المغني لا لان العدة من اسباب التهمة ولا عدة في المسئلة الاولى لتصادقهما على القضا بها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشي مقام غيره كاقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قايمة لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضا العدة لتبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددنا ولا تهمة في قدر الميراث و **قوله** ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا ترى انه يقبل شهادته لها وهو واضح **قال** رحمه الله ومن كان محصورا او في صف القتال هذا بيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شي يقربه الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكانا في المعنى سوا وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا ان يكون صاحب فراش وفسره غيره بكون بحال لا يقوم بحوايجه كالاصحا وكلامه واضح و **قوله** ولهذا اخوات تخرج على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة ومنها المراة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج مادام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان اخره الموت واذا صار بحال لا يزداد ولا يخاف منه لم يكن كذلك و **قوله** اذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل او مات من غير ذلك المرض

الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت
ولما مات بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو
طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا
يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه
بحكم الفرار متحقق ههنا واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح كلامه فيه واضح سوى الفاظ نذكرها
قوله فانت طالق يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا و قوله
وكانت هذه الاشيا بمعنى وجدت تامة لا تحتاج الى خبر قوله يصير تطليقا عند الشرط حكما
لا قصدا يظهر مسئلتين احداهما انه لو علق طلاق امراته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع
مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل على انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق
امراته بشرط ثم حلف ان لا يطلق امراته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث و
والفعل مما له منه بد او لا بد منه يصير فارا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي
لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك
الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث واجيب بان الاضطرار في جانب الفاعل لا يرد وجوب الضمان
عليه كمن اضطر الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لان
عصمة المحل تكفي لايجاب الضمان و قوله لانها راضية بذلك يعني صار كانه طلقها بسوالها
لان الرضى بالشرط رضا بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان الحر لو قال للعبد اذا قال لصاحبه
ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره
فلم يجعل ذلك منه رضى اجيب بان حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة
كشبهة العدوان فانه روي عن عمر وعثمان وعلي وابي بن كعب وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين ان
ضيعا لحكمه ايضا الشبهة الرضا ولا كذلك حكم الضمان فقد وجد ههنا شبهة رضى المراة فكفى ذلك
لنفي حكم الفرار و قوله او في العصر يعني او الى صلاة الظهر قيل انما خصهما بالذكر وان كان جميع
المكتوبات فيه سواء لانها اول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم فكان الفهم في النظر
الى الاول اسبق و قوله فكذلك الجواب عند محمد اي لا ترث المراة لانه حين علق الزوج الطلا
لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في
الباب اي بعد مرضها او فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل
اجنبي او بمجي الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج
لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر
لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب يعني قوله
لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع
الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار
و قوله لان الزوج الجاها الى المباشرة اي الى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط
حقها ولو طلقها فارتدت اي لو طلقها ثلاثا او بائنا فانه ان لم يظهر اثر الثلث والبينونة
في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسئلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة
واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد الطلاق فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة
و قوله لان المحرمية لا تنافي الارث يعني انها في النكاح كما في الام والاخت و قوله وهو

يعني لا ارث هو الباقي و قوله فتكون راضية ببطلان السبب اي سبب الارث وهو النكاح
و قوله وقال محمد لا ترث قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه اخر اليمين اللعانين فكان اخر
المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضا اخر المدارين اجيب بان
اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم انما يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما ان الفرقة
وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها فكان ملحقا بفعل
لا بد لها منه وقد بينا الوجه فيه اي في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة
و قوله وان الجماع موجب ظاهر و قوله وقد ذكرنا وجهه يريد قوله قلنا ان التعليق السابق
يصير تطليقا الى اخره فان قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجي الوقت ان كان الايلاء في
الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفي فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشا الايلاء في المرض
وهناك ترث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان
فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشاه فكذلك ههنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت
وهو انه لا يمكنه ابطال الايلا الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة و قوله
في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسوالها او بغير سوالها وسواء كان التعليق بفعلها او بفعله
وسواء كان الفعل مما لها منه بد او لم يكن والباقي واضح والله اعلم بالصواب

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متاخرة من الطلاق طبعا اخره وضعا لتناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح
والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احدها تقدم صريح لفظ
الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم والثانية ان لا يكون بمقابلته مال والثالثة ان لا يستوفي
الثلاث من الطلاق والرابعة ان تكون المراة مدخولا بها والخامسة ان تكون العدة قائمة ولا
خلاف في مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك
ان كان في حضرتها او راجعت امراتي في الغيبة بشرط الاعلام او في الحضرة ايضا او تقول رددتك
او امسكتك وبقوله انت عندي كما كنت او انت امراتي ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد في
جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطاها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة
فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة
ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بوطي ودواعيه فكان الوطي حراما كما في ابتداء
النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله الا ترى انه سمي امساكا
وهو الابقاء و قوله وسنقرره اي اشار الى ما ذكر في اخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها
قائمة حتى ملك مراجعتها الى اخره و قوله والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة فصح الدليل و قوله
كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم وطئها سقط الخيار كما اذا سقط
بالقول بل ههنا اولى لانه في البيع يحتاج الى دفع السبب المزيل وهو البيع اما ههنا فلا يحتاج الى دفع
الطلاق فلا يخرج الجميع لمولاه لزواله والدفع اسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل
قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج ان يعينه فقال والدلالة اي من الدليل فعل يختص بالنكاح
وهذه الافاعيل تختص بالنكاح فيقع دلالة و قوله خصوصا في الحرة لبيان ان حل الاستمتاع
بها ليس الا بالنكاح واما في الامة فيحل به وبملك اليمين ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد
يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة والنظر

الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين فالزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليه رجعة يطلقها فتطول
عليها العدة وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن
بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال رحمه الله ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا اراد
الرجعة يستحب ان يقول لاثنين اشهدا على اني قد راجعت امراتي فان لم يشهد صحت
الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد
على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة لهما قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف
او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص في الرجعة
عن قيد الاشهاد وهو قوله فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك
بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله
تعالى صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وقوله ولانه اي الرجعة بمعنى الرجوع او على تاويل
المذكور استدامة للنكاح كما تقدم والاستدامة انما هي حال البقاء والشهادة ليست بشرط في
النكاح حال البقاء بالاتفاق فكانت كالفيء في الايلاء في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة
البقاء الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها اي في الرجعة وما تلاه
يعني من قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم محمول عليه اي على الاستحباب دفعا للتناكر
فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوثق كما في قوله واشهدوا اذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة
حيث قال او فارقوهن بمعروف واشهدوا وهو اي الاشهاد فيها اي في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة
واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا الزكوة
واجيب بان ذلك فيما اذا لم يحكم على احد الجملتين المتعاطفتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه
ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبهما جملة اخرى تعلقت بهما واحدا انما
يقتضي تعلقها من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين
مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المراة في المعصية فانها قد تتزوج
بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطاها الزوج الثاني فكانت عاصية
وزوجها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة
للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص
حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت بغير
سؤال وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في
العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال
وكل من فعل ذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا تصح الرجعة وان صدقته ايضا الا ان بالتصديق
ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد
مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فلما ان اتى
ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد ما سكت فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول
لم تصح عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى ان اخبرت
وقد سبقته الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال طلقتك
فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت
حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت

بذلك

بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احوال قول الزوج
واذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على
الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا
قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى والامة
او يكذباه او يصدقه المولى وتكذبه الامة او بالعكس فان كان الثالث وليس له بينة
فالقول قولها عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه
منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا يرد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح
بان يقر بانه زوج امته من فلان وهو اي ابو حنيفة رحمه الله يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة
وانقضائها وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على قول من يكون القول له في ذلك لكونه امينا والقول في العدة
قولها فحكم الرجعة يبتنى على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدق
في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فاني له اقرار بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه
اقرار بذلك فكان الفرق بينهما وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله ولو كان على القلب فعندهما
القول قول المولى لان منافع البضع للمولى والزوج يدعيها عليه وهو ينكره وكذا عنده في الصحيح
لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا تقبل
قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها اي عند
الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة وفي هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما اشرنا اليه
قوله وان قالت انقضت عدتي ظاهر والضمير في به راجع الى الانقضاء قال رحمه الله
واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة كلامه واضح وقوله بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي
وقت الصلاة يعني بان الوقت اذا مضى صارت دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات وقوله اذا
تيممت وصلت اطلق الصلاة لتتناول المكتوبة وغيرها وقوله حتى يثبت به من الاحكام يريد به
دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القران واباحة الصلاة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام
الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلاة بها
اما قراءة القران فلانها ركن الصلاة واما المسجد فلانه مكان الصلاة واما سجدة التلاوة فهي من
توابع القراءة فانه يجوز ان يقرا في صلاته اية السجدة ولقائل ان يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم
طهارة ضرورية وان الضرورية انما تتحقق حالة اداء الصلاة فلا يكون قبله طهارة تتعلق بها انقطاع
الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا
تنقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة والجواب ان الضروري
حينما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة وعند اداء الصلاة انقطاع الحيض
ومن لوازم انقطاعه مضي العدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم
فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب
الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها
لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كالاصبع ونحوه
انقطعت قال المصنف رحمه الله وهذا استحسان اعلم ان محمدا رحمه الله لم يذكر في كتبه موضع القياس
هل هو العضو فما فوقه او ما دونه وروي انه عند ابي يوسف في العضو فما فوقه فان القياس
ان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها اصاب الماء جميع البدن وفي

الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد يمتد ونه فانه القياس لا تبقي الرجعة
لبقا الحدث والاستحسان ان ينقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن
لعدم وصول الما اليه والمصنف اشار الى ذلك بقوله والقياس في ما دون العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة
لان اغسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف وبقوله او القياس فيما دون العضو ان لا تبقي لان
حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة الى قياس محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل
وما دونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الما اليه فقلنا بانقطاعها
حتى لو تيقنت بعدم وصول الما اليه بان منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان
محمد وقال بخلاف العضو لانه لا يتسارع اليه الجفاف فلم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الما لعدم الغلبة
عنه عادة فلا تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان ابي يوسف فانظر حد والمصنف رحمه الله في هذا
الادراج اللطيف الذي قل ما يقع مثله لغيره جزاه الله عن المخلصين خيرا وعن ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة
والاستنشاق كترك عضو كامل والى لو عجنا اولان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام
عنه وذلك لان الحلم الحيض يا وكونهما فرضين في الجنابة وهي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عنه اي
عن محمد هو اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا فان المضمضة والاستنشاق
سنتان في الغسل عند مالك والشافعي رحمهما الله فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيرهما من الاعضا
فانه لا خلاف لاحد في فرضيته **قال** رحمه الله ومن طلق امراته وهي حامل او من طلق امراته وهي قد ولدت
ثم طلقها وقال لم اجامعها ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا يعتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور
ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم
الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا لانه
لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطي تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها
بتكذيب الشارع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب ثبت دلالة و **قوله** لم اجامعها صريح والصريح
يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشرع لا يرده كما لو اقر بعين
لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب
عن الاول بان الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد ودلالة
الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق باقراره ههنا حق الغير والموجب
للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفا المانع بخلاف المستشهد
به فان المعنى ثمه موجود وهو تعلق حق الغير به و **قوله** الا ترى توضيح لقوله والطلاق في ملك متاكد
يعقب الرجعة وبيان للاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطي فلان
يثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى و **قوله** وتاويل مسئلة الولادة ظاهر فان خلا بها
واغلق بابا او ارخى سترا على ما وقع في كتاب الطلاق بكلمة او وعلى رواية الجامع الصغير وارخى سترا بالواو
والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق
في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان
الطلاق بعد الدخول اجيب بقوله ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتني على التسليم المبدل
لا على القبض ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما شرعا للقبض وهو الوطي وليس
كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع
بين المسلم والمسلم اليه وتمكن المسلم اليه على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم

للقبض

للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان
راجعها بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك
الرجعة اي الرجعة السابقة لان النسب ثابت لعدم الاقرار منها بانقضا العدة ولاحتمال المدة فان
الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لان
فيما بعده يكون الوطي حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني بلا عدة فلان الغرض عدم الوطي قبله لانه
انكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب
الرجعة فكانت الرجعة صحيحة **قال** رحمه الله فان قال لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امراته
بولادتها فولدت ثم ولدت ولدا فاما ان يكون بين الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة
الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني
وما ثمة دليل على انه وطيها بعد الولد الاول فلا تثبت الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في
الكتاب فهي رجعة اي الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح و **قوله** وان
كان اكثر من سنتين للوصل اي لما كان بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان تكون
الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان تكون اكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان
الولد الثاني مضافا الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطي بعد الطلاق فكان رجعة وان قال
كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب واضح و **قوله** لما ذكرناه اشارة الى قوله
لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى اخره و **قوله** والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين
التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشي جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو
ان تجلو المراة وجهها وتصقل خديها و **قوله** اذ النكاح قايم بينهما يدل عليه اي التوارث قايم
بينهما وكذلك جميع احكام النكاح قايم ولهذا لو قال كل امراة لي طالق دخل هذه المطلقة فيه ووقع
عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قايما لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره
واجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الاية فانه نزل
في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله يبدو له فيراجعها
والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا
على الرجعة **اجيب** بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وبينهما تناف
و **قوله** ولان تراخي عمل المبطل لحاجة معقول علة عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره
تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة له اليها فلا تراخي اما ان التراخي
لذلك فقد علم مما تقدم واما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه
لا حاجة له اليها فلانه اذا لم يراجعها وفيه نظر لان كلامه يدل على ان المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة
ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام
فيه **واجيب** بانه انما يراد ان لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة
فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل تاخر الى انقضا العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب
ان عدم جواز المسافرة ايضا يثبت بالتبين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل
عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقرا من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على
انقضا العدة لما احتسب الاقرا الماضية من العدة كما لم يحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق
فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على

وقت انقضا العده بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقه الرجعيه بمنزله المبتوته تقدير الحين لم توجد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوته الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقه الرجعيه الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله على ما قدمنا يعني في اوايل الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي يحرمه لان حل الوطي بالزوجيه والزوجيه زايله لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قايمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زايلة لكانت اجنبيه فلم تصح المراجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج لتمكينه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظرا له يوجب استبداده به اي بالرجعة بتاويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المراة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعه واستبداده بذلك يؤذن بكونها استدامه لا انشا اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان تكون الرجعة انشا لان الزوج لا يستبد به والاستدامه لا تتحقق الا في القايم فكانت الزوجيه قايمة وقوله والقاطع جواب عن قوله ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجيه لانه اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على نقد من يعني قوله ثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تاخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار والله اعلم

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من المطلقات بل حرة واذا كان الطلاق باينا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضايها لان حل المحليه وهو كونها ادمية ليست من المحرمات باق لان زواله متعلق بالطلقة الثالثه لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ورد بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدم العله اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضايها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي في جواز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والايسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثه فانه لا اشتباه من هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة واجيب بان ذلك بيان الحكمه وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا في بيان العله لوجود التخلف فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثمة مانع اخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامه لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله فان طلقها الطلقه الثالثه عند اكثر اهل التاويل والثنتان في الامه كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف في حل المحليه لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى فتكاملت على ما عرف وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج اخر مطلقا حيث لم يتقيد بصحة ولا فساد

والمطلق

والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول والزوجيه المطلقه اي الكامله انما يثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول بها اما باشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقه بعض المشايخ وهو ان يحمل النكاح في قوله تعالى حتى تنكح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلما حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى من التاكيد واما الحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امراته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمه وقيل عايشه بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فاتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا نبي الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وان ما معه مثل الهدبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك انت تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وقد روي بروايات مختلفه في بعضها بلفظ الغيبه كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويته وهو المذكور في نسخ الاصول وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ اطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على اتم الوجه فليطلب ثمه ولا خلاف لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل بشر المريسي وقوله غير معتبر به لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا لو قضى القاضي به اي بقول سعيد لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيله وهي تصغير العسله وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج دون الانزال فكان التصغير دالا على عدم التشبع بالانزال ومالك يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل والحجة عليه ما بيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله وفسر اي المراهق في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الحلم ومثله يجامع وهو ظاهر قال رحمه الله ووطي المولى لا يحلها اذا طلق امراته ثنتين وهي امة الغير فوطيها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان رضي الله عنه سيل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي رضي الله عنه مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك وقالت المراة ذلك فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهه محمل الحديث لا الفساد فان طلقها يعني الذي شرط التحليل بعد ما وطيها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت كانه قال تزوجتك الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج الاول لفساده فان من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في روضة الزند ويسني ان ابا حنيفة رحمه الله قال النكاح جايز والشرط جايز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطيه اياها يجبره القاضي على ذلك وتحل للزوج الاول اذا طلقها الثاني برايه او بامر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم نوجد في غيره من الكتب واذا طلق امراته الحرة

تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت
بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلاث يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك
الاول كان لم يكن لا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جميعا او فرادى عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقال محمد وزفر
والشافعي رحمهم الله لا يهدم ويبقى الزوج مالكا بما بقي من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى
ذلك وهو قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة رضي الله عنهم فاخذ الشبان بقول
المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد رحمه الله بان الزوج
الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على
ما تقدم وكل ما كان للحرمة فهو منه لها لان المعنى ينتهي للغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة
ولا انهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست ثابتة قبل وقوع الثلث ولهما قوله صلى الله عليه
وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وجه الاستدلال ان اهل الحديث اوردوه في باب ما جاء في الزوج
الثاني فكان المراد بالمحلل الزوج الثاني وسماه محللا وهو المثبت للحل ثم الحل الذي يثبت به
اما ان يكون الحل السابق او حادث لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين
الثاني وبالضرورة يكون غير الاول والاول لحل ناقص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون
بالطلاق الثلاث فان قيل سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك الحل جديدا
لكنه يقتضي ان يكون ذلك في المطلقة ثلاثا بالامرين احدهما ما ذكره المصنف ان محله هو
شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلاثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فينصرف
الى ما ليس فيه ثابتا عملا بالحقيقة فالجواب اما عن ذكرنا لقوله وهو محله معناه ان الجزاء
ما ذكرت وليس بمرضي منه والثاني انه محله الكراهة لا الفساد وحينئذ ينتفي الامر الاول
وان الحل وان كان قبل ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني على الاطلاق
محللا لا صرفه الى بعض الصور وتقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت
المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلاثا فقالت قد
انقضت عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر **قوله** واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابو
حنيفة لا تصدق في اقل من ستين يوما وقال ابو يوسف ومحمد تصدق في تسعة وثلاثين يوما
وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها في اخر جزء من اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض ثلاثة وطهرها
اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلثة اذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون
يوما فلذلك تصدق في تسعة وثلاثين يوما لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فيجب قبول
قولها واما تخريج قول ابي حنيفة رحمه الله فيجعل كانه طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق
في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة
لان من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض او ينتهي الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة
فثلثة اطهار كل طهر خمسة عشر يكون خمسة واربعين يوما وثلث حيض كل حيض خمسة خمسة عشر
فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد رحمه الله واما على رواية الحسن فيجعل كانه طلقها
في اخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق في اخر الطهر اقرب الى التحرز
عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة نظرا لها يقدر الحيض باكثر المدة
نظرا للزوج فثبت ثلث حيض كل حيض عشرة بلا ثلثون وطهران كل طهر خمسة عشر ستون يوما و

وسنبينها

وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في باب
العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة فكان
ينبغي ان يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم ينقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز ان يكون
منجزا في باب العدة من كتاب اخر واقول الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر والله اعلم

باب الايلا

قال في النهاية ذكر في الاسرار في اول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم
ملك النكاح اربعة الطلاق والايلا واللعان والظهار ثم قال فيبدا بالطلاق لانه الاصل والمباح
للزوج في وقته ثم ادنى درجة منه في الاباحة الايلا لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى
الظلم عليها بحق فكان ادنى منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال يولي ايلاء اذا حلف
وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا موكدا باليمين وسببه
سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في ان الانابة فيهما موقتة الى وقت
لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك لا يستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلا
لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي ان يكون صادرا من اهل
الطلاق عند ابي حنيفة او من اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة اربعة اشهر فصاعدا
وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة اشهر او نحوه او يقول ان قربتك فعبده حر وامثاله وحكمه لزوم
الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة باينة اذا مضت مدة الايلا فهو يمين
يترتب على الحنث والبر فيه شي وعن هذا قيل المولي هو من لا يخلو عن احد المكروهين فاذا قال الرجل
لامراته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يولون من
نسائهم تربص اربعة اشهر الاية فان وطيها في الاربعة اشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة موجب
الحنث وقال الشافعي لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاوا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة
والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الاخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا
وسقط الايلا على معنى انه لو مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها
حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة لان معنى الايلا عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم
اجامعك فانت تطليقة باينة وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه توقف بعد
المدة على ان يفي اليها او يفارق فان ابى ان يفعل ذلك تفريق القاضي بينهما وكان التفريق
تطليقة باينة لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة
ولنا انه ظلمها بمنع حقها وهو الوطي في المدة فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه
المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع باينا وهو الماثور عن عثمان
وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس
وعبد الله بن عمر وعند المحدثين ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا
فيهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم اجمعين واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا
لم يكن وطيها مرة واما اذا وطيها فقد سقط حقها واجيب بان حقها سقط في القضاء بالجماع مرة
واحدة واما في الديانة فلم يسقط فكان الجزاء زوال النعمة بوقوع الطلاق لمنعه حقها ديانة
وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة
وليس كذلك ولان الايلا كان طلاقا في الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلا

ابدا فحكم الشرع بتاجيله الى انقضا المدة فلم ينتصف فيه الا بالتاجيل فلا يتوقف على تطليقه او تفريق القاضي و**قوله** فان كان يعني حلف اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها فلا تحلو اما ان كان حلف على اربعة اشهر او على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث ليرتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج استثنا من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لاحق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه ابو سهل الشرغي يقول بتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلا قبل انقضا العدة لان الايلا في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر كانه قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق بائن الا ترى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها بعد البينونة بمضي اربعة اشهر بعد انقضا عدتها عاد الايلا فان وطيها في المدة والا وقعت تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم فيعتبر الى الطلاق البائن و**قوله** ويعتبر ابتدا هذا الايلا من وقت التزوج قيل هو اختيار زعما اذا تزوجها قبل انقضا العدة فان ذلك الايلا يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي فان تزوجها ثانيا وفي بعض النسخ ثالثا وكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلا واما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلا والاول اظهر عاد الايلا ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج اخر لم يقع بذلك الايلا طلاق وان وطيها كفر عن يمينه اما عدم وقوع الطلاق فلتقييده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق لعدم القربان وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر لان الايلا طلاق موخر فانما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شي منها بعد وقوع الثلاث عليها وكذلك لو بانت بالايلا ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج اخر لم يكن موليا الا عند زفر واما الكفارة عند الوطي فلبقا اليمين لاطلاقها ووجود الحنث

قال رحمه الله فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا فان حلف على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا وهو وضع المبسوط او قال لا اقربك شهرين وثلاثة اشهر لم يكن موليا وقال ابن ابي ليلى هو مولي ان ترك وطيها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول ابو حنيفة رحمه الله اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما لا ايلا فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر والتقييد بمدة تكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع ابو حنيفة عن قوله فالجواب ان فتوى ابن عباس رضي الله عنهما اطلق الايلا وقيد التربص بعده وذلك يقتضي ان من آلى من امراته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص اربعة اشهر في المقدرات اتفق والراي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يروا عن احد خلافه فجعل تفسير النص لا تقييدا او تغييره والله اعلم للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر ترك الاول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفا و**قوله** ولانه الامتناع عن قربانها دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها اي عن قربان من آلى منها زوجها اشهرا في اكثر المدة وهو بلا مدة اشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي اربعة اشهر لا يقع شي والضمير في فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف

المفهوم

ع المفهوم من قوله وبمثله ويجوز ان يكون راجعا الى اكثر المدة ولو قال المصنف لان الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في اكثر المدة كان اشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره و ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة ولو مكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدا والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في المعطوف عليه كما في المسئلة واما اذا فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدا وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله وحرف النفي فتقع الممنوعات بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاولى بقوله بعد الشهرين الاولين اربعة الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفي صار راجعا الى اخر فصار اجلين وتداخلا كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين تنقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الاول وتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا للايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا ولا اكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنتهي الايمان كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امراته في مدة الايلا بغير شي يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد مدة الثانية بنفي على حدة كانا كلمة واحدة فكان موليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ينصرف الاستثنا الى اخرها كما لو قال في الاجارة سنة الا يوما فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشي يلزمه وهذا ليس بصادق على ما نحن فيه لانه يمكنه القربان لان المستثنى يوم منكر فما من يوم يمر عليه بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شي يلزمه ولا يجوز صرفه الى اخر السنة لانه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى اخر السنة لتصحيحه اي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثنا ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شي يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشكل بمن له اربع نسوة وقال والله لا يقربكن فانه يصير موليا ان لم يقربهن جميعا اربعة اشهر عندنا خلافا لزفر مع انه لا يبطل واحدة منهن الا ان يقع على الثلاث من غير شي يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق باجزا المحلوف قبل ان ياتي بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الادور الاربع له ان يدخلها كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل فلما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة بنفي القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شي لا يمنع صحة الايلا لانه انما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث

و

الاولى

ري

فلا يجب ما لم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخرى فقط بل بقربانهن جميعا
واما وقوع الطلاق في الايلا فباعتبار البرود لكن يتحقق في حق واحدة منهن فلهذا ان تمضي المدة كذا
في النهاية و **قوله** ولو حلف بحج او بصوم لما فرغ من اليمين بالله في الايلا شرع في بيان اليمين
بغير الله فيه بذكر الشرط والجزا لان تعليق قربانها بحج او صوم او صدقة او طلاق او عتق فانه يصير
موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزا وكلامه واضح و **قوله** البيع موهوم يعني لان الاصل
عدم ما يحدث فلا يمنع المانعية فيه اي في الايلا ولكن ان باع العبد سقط الايلا عنه لانه صار بحال
يملك قربانها من غير ان يلزمه شي فان اشتراه لزمه الايلا من وقت الشرا لانه صار بحال لا يملك قربانها
الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت بوجود شرط
الحنث بغير العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلا لانه يتمكن من قربانها بعد موته من
غير ان يلزمه شي و **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية ظاهر واعترض بان الايلا جزا الظلم بمنع
حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضا ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك
حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب عليه جزا الظلم
الذي هو الايلا واجاب العلامة شمس الايمة الكردري رحمه الله بان الحكم في المنصوص مضاف
الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو
الزوج فكانت المراة من نسايه فكان الحكم المرتب على نسا الازواج بقوله الذين يؤلون من نسايهم مرتبا على
المطلقة الرجعية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك وانت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية اذ المحل نساونا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا فلا
ينقلب بعد ذلك صحيحا وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث
لان اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمته الا ترى انه لو قال والله
لا اشرب الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا ومدة ايلا الامة
كمدة ايلا الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سوا ولنا
ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة **قوله** وان كان المولي مريضا
هذه المسألة على ثلاثة اوجه احدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلايه صحيحا مقدار ان يستطيع فيه ان
يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيئه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان
كواجد الماء في اول الوقت لم يتوضأ به حتى عدم الماء له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق
منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفا حقها في الجماع والثاني انه آلى وهو مريض ومضت
اربعة اشهر وفيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلا عندنا وقال
الشافعي لا في الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيا لكان حنثا لان الفي يستلزم حكمين
وجوب الكفارة وانتفا الفرقة ثم الفي باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك
في الآخر ولنا انه اذاها بذكر المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلا لم يكن قصده
الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك الظلم
يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق
ولا يلزم من كونه فيا على هذا الوجه ان يجب الكفارة لانها جزا الحنث والحنث لا يتحقق بالفي باللسان
فان قيل اذا كان المولي مريضا وقت الايلا وجب ان لا يتحقق الايلا لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق
في الجماع اذ ذاك فالجواب عما نقلناه عن العلامة شمس الايمة الكردري وقد ذكره شمس الايمة السرخسي

بلسانه صح

في اول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة ففيئه بالجماع سواء كان
فاء اليها في مرضه بالقول او لم يفئ اما اذا لم يفئ فظاهر وكذا ان فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالخلف ولقايل ان يقول المولي اذا كان مريضا حال الايلا انه لم يكن الاصل في فيئه الجماع
لما ذكرنا انفا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاوها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول
وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلا ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع
فتبين ان قصده في الابتدا لم يكن الا منع الحق في الجماع والاصل في الفي حينئذ الجماع ولكن في اطلاق
الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته لانه يحتمل
وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض الا بالارادة فان قال اردت الكذب فهو كما قال لا يقع الطلاق ولا
يكون ايلا ولا ظهارا لانه حقيقة كلامه فان المراة كانت حلالا له فقوله انت حرام خبر
ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان يصرف
اليه فلا ينصرف الى غيره الا بقرينة ونيته لان الحقيقة لا تحتاج الى شي من ذلك وقيل لا يصدق في
القضا ذكر الطحاوي والكرخي رحمهما في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلا لانه
يمين ظاهر لكونه تحريم الحلال كما نذكره وان قال اردت الطلاق فان لم ينو شيا من العدد او نوى
واحدة او اثنتين فهي واحدة باينة وان نوى الثلث فثلاث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث
فيها واذا قال اردت الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ليس بظهار
نقله شمس الايمة السرخسي رحمة الله عليه عن النوادر لمحمد ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة هو الركن
فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون
من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال اردت التحريم او لم ارد شيا فهو
يمين يصير به موليا فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بالايلا اما اذا اراد التحريم
فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله
قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واما اذا لم يرد شيا فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لان في
الايلا الوطي حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة في الايلا لا تثبت في الحال
ما لم ينقض اربعة اشهر وفي الظهار تثبت في الحال واذا اريد به الطلاق وقع باينا ويحرم الوطي
والايلا لا يحرم الوطي فلما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجي الكلام فيه
في الايمان ان شاء الله ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بغير النية قال ابو بكر الاسكافي
وابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ لان العادة جرت
فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله اعلم بالصواب

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلا لمعنيين احدهما ان الايلا بتجرده عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان
فيه معنى المعاوضة من جانب المراة والثاني ان مبنى الايلا النشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من
قبل المراة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمراة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المراة زوجها
واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة عبارة عن اخذ مال من المراة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه
شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المراة معاوضة على قول ابي حنيفة
رحمه الله ويمين من الجانبين عندهما على ما سياتي في بيان ثمرة الخلاف واذا تشاق الزوجان اي تخاصما
وصار كل منهما في شق اي جانب وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية

فلا بأس بأن تفدي المرأة نفسها منه بمال تبذله قال الله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي لا جناح على
الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت سمى الله ما اعطته فداء من الاسر اذا استنقذه لما ان النسا
عوان عند الازواج بالحديث كان لنا الذي يعطى في تخليصهن فداء فاذا فعلا ذلك وقع طلاق باين ولزمها
المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة باينة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله
عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من
الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع والواقع بالكناية باين فان
قيل لو كان من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجاب بقوله الا ان ذكر المال
اغنى عن النية ههنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح فلما ذكر
العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا احتياج الى النية ولانها لا تسلم المال الا لتسلم نفسها لها وذلك
بالبينونة قوله وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة اذا استعصت
عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه يكره له ان
ياخذ عوضا لقوله وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه
شيئا اتأخذونه بهتانا واثما مبينا فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم
المشروعية ثم هو مؤكد بتأكيد في قوله بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد افضى
بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف افاد الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي
وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه
كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي والى هذا اشار بقوله الثاني وهو قوله
ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كره له ان
ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب له الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا اي اولا
يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية
الاخرى اي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم
في امراة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقصتها ما روي ان جميلة بنت سلول كانت تحت
ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق
ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين اليه حديقته فقالت نعم وزيادة
فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا وكان النشوز منها بما روينا من الحديث فكان قوله
اما الزيادة فلا نفيا لاباحة اخذ الفضل على ما نذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة
جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما
افتدت به شيئان الجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة
هكذا فسر الشارحون كلام المصنف وفرقوا بين العبارتين بان كل مباح جائز دون العكس لان الجواز
ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز يثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة ايضا
واذا انتفى الاباحة يثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة
وقد ترك بعموم ما تلوناه في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزيادة فلا لكونه نهيا
لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي
وهو الجواز وفيه بحث من وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهة
الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب

والجواب

والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة كان الاخذ منه وهو غيرها ناشزا اقوى
ان لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا اخذ
وهو ناشز قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تاخذوا منه شيئا
والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز ان يعارض بالخبر كان الحديث معارضا
للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جايزة وان طلقها على مال مثل ان قال انت طالق بالف درهم
او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان هذا تصرف معاوضة تعتمد اهلية المتعاوضين
وصلاحية المحل والكل حاصل اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا او تعليقا بالاحالة وقد علقه بقبو
بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم يتعلق به بالقبول واما اهلية المراة فلانها تملك التزام المال لولايتها
على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال
وجاز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان باينا لما بينا
انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولان فيها معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فيملك
الزوجة البدل الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال رحمه الله وان بطل العوض في الخلع اذا
خالع المسلم امراته على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة باينة وان طلقها
على ذلك وهي مدخول بها او لم يكن الطلاق الواقع للطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما الاشتراك في
وقوع الطلاق فلانه علقه بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما ابطل
العوض كان في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها باين اذا لم يكن من الفاظ الثلاثة وهذه
اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانها ما
سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا الى
غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر الذي
اخذته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما مثل كيل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها
سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل
ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث يكون الكتابة فاسدة وان اداها
عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك
المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجب القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما لم يقدر
على تسليم البدل لعدم تقومه لزمه قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة اما ملك البضع في حالة
الخروج فغير متقوم على ما نذكر تقييد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء وهذا الجواب بالنسبة الى
العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله
بلا بدل ولما لم يرض بالبدل لفساد الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان
البدل فساد الخلع واما اعتق المكاتب اذا ادى الخمر المسماة لان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى
وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل في قوله على خمر تلويح الى انه لو كانت على ميتة او دم فسدت
الكتابة باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا تجب القيمة قوله وبخلاف النكاح للفرق بين الخلع
حيث صح ووجب المهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء لان البضع في حالة الدخول متقوم وهذا قوله
المريض امراة بمهر مثلها كان من جميع المال والفقه ما ذكره وهو واضح قال رحمه الله وما جاز
ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يصلح ان يكون عوضا للمتقوم
اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في

بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امراة على ما في غنمه وجب مهر المثل لان التسمية
غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال والا كان بعرضية ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر
الى ذلك يكون في معنى الاضافة والتعليق واحد العوضين فيه هو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل
التعليق والاضافة فكذا ذلك العوض الاخر واما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة
والتعليق بالشرط فكذلك العوض الاخر فلذا يصح تسمية ما في البطن باعتبار ما يحل المال واذا صحت
التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شي فلا شي له لانها ما غرته لان ما في البطن قد
يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا وان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن ما في يدها شي
فلا شي له عليها لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما في عامة تتناول المال وغيره وان قالت خالعني على
ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شي ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال
مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي للجهالة الكل واحد منهما ويجوز انه يكون معناه لجهالة
المسمى واذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير
متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه **قوله** ولو
قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واضح **وقوله** وكلمة من ههنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا
كان في هذه الصورة درهما او درهمين يجب ان لا يجب عليها شي غير ذلك لان كلمة من للتبعيض فكانه
اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان
ومنهم من ضبط فقال الكل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قولك اخذت من الدراهم وكل
موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي
دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم
واعترض بان ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في
يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم **وقوله** الدراهم تكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني
على دراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يدخل معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها واحد وجب ان يلزمها
ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضر لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة
وهو المطلوب وعن الثاني بانا لا نسلم انه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها فان اختلعت على
عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه يعني اذ لا تطالب بتحصيله وتسليمه الا ان حصل تسلمه اليه والا فلا شي
عليها لم تبرا وعليها تسليم عينها ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة فيقتضي
سلامة العوض فيكون اشتراط البراة شرطا فاسدا لانه لا تقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل
بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب
تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة فانه يجب بان
العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يوصف بفساد شي وانما فسدت التسمية
فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع
كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراة عن وصف السلامة صحيح
فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم فان
بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز وشرط البراة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة
في تمليك الشي للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط
البراة عن العيوب **وقوله** وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امراة على عبد ابق على انه بري من ضمانه

لم يبرا لو عليه تسليم عينه الى اخره واذا قالت طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق
رجعي ولا شي عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق
على مال من جانب المراة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
وعلى درهم سواء واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة على
للشرط اي تستعمل للشرط مجازا قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم الاشراك بالله
ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا ومجوز المجاز ما ذكره المصنف انه استعيره
للشرط لانه بلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع
على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال
وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز اخر وليس احد المجازين
اولى من الاخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول
ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم
بين العوضين بالتصادف وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازا اقرب الى حقيقته
والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما عرف في الاصول **قوله** على ما مر اراد به قوله لان
حرف الباء يصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان الطلاق بصريح غير مبني على سؤالها فوقع وله
الرجعة **قوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا ظاهر ولو قال لها انت طالق على الف او بالف
يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين في جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا
يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال
وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل
بقيامها عن المجلس **وقوله** لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى
قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فلا فرق بين العبارتين
والعوض لا يجب بدون قبوله ظاهر **وقوله** والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده يحتاج الى
ان يضم اليه ووجوده بكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس
وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال
الا لتسلم لها نفسها ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شي عليها عند
ابي حنيفة وكذا لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل
واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في
موضعين احدهما ان المراة او العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة
رحمه الله ولا معتبر بقولهما وعندهما يجب على المراة والعبد المال والثاني انهما لو لم يقبلا لم يقع الطلاق
والعتاق عند مالك اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة
فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل المال على معنى
الباء بدلالة حال المعاوضة فكانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق اخر وهو ان
يجعل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الالف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها
فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة رحمه الله ان قوله وعليك الف جملة تامة من مبتدا وخبر
وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل

بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امراة على ما في غنمه وجب مهر المثل لان التسمية
غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضيه ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر
الى ذلك يكون في معنى الاضافة والتعليق واحد العوضين فيه هو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل
التعليق والاضافة فكذلك العوض الاخر واما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة
والتعليق بالشرط فكذلك العوض الاخر فامكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار ماله الى المال واذا صحت
التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شي فلا شي له لانها ما غرته لان ما في البطن قد
يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا وان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن ما في يدها شي
فلا شي له عليها لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما في عامة تتناول المال وغيره وان قالت خالعني على
ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شي ردت عليه مهرها لانها لما سمعت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال
مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي للجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه لجهالة
المسمى واذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير
متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه **قوله** ولو
قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واضح **قوله** وكلمة من ههنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا
كان في هذه الصورة درهما او دراهم يجب ان لا يجب عليها شي غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكانه
اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان
ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قولك اخذت من الدراهم وكل
موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي
دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم
واعترض بان ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في
يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم و**قوله** الدراهم تكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني
على دراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يدخل معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها واحد وجب ان يكتفى بها
ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضر لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلثة
وهو المطلوب وعن الثاني بانا لا نسلم انه لا معهود ثمة بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها فان اختلعت على
عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شي
عليها لم تبرا وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي
سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل
بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب
تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة فانه يجب بان
العقد اذا كان صحيحا كان ما يقتضيه من الشرط ساقطا والساقط لا يوجب فساد شي وانما فسدت التسمية
فيما اذا اختلعت على دابة لجهالة المستقبحة لكونها تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع
كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح
فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم هو استحقاق التسليم فان
بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز وشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة
في تمليك الشي للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط
البراءة عن العيوب و**قوله** وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امراة على عبد ابق على انه بري من ضمانه

والتسليم

لم يبرا

لم يبرا وعليه تسليم عينه الى اخره واذا قالت طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق
رجعي ولا شي عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الباء للالصاق
على المال من جانب المراة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
وعلى درهم سواء واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة على
للشرط اي تستعمل للشرط مجازا قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم الاشراك بالله
ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا ومجوز المجاز ما ذكره المصنف انه استعير
للشرط لانه بلازم للجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع
على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال
وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز اخر وليس احد المجازين
اولى من الاخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول
ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم
بين العوضين بالمصادفة وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازا اقرب الى حقيقته
والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما عرف في الاصول **قوله** على ما مر اراد به قوله لان
حرف الباء يصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان الطلاق الواقع بصريح غير مبني على سواليها فوقع وله
الرجعة **قوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا ظاهر ولو قال لها انت طالق على الف وبالف
يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين في جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا
يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال
وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل
بقيامها عن المجلس و**قوله** لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى
قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فلا فرق بين العبارتين
والعوض لا يجب بدون قبوله ظاهر **قوله** والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده يحتاج الى
ان يضم اليه ووجوده بكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس
وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال
الا لتسلم لها نفسها ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شي عليها عند
ابي حنيفة وكذا لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبل الا وقالا على كل
واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في
موضعين احدهما ان المراة او العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة
رحمه الله ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على المراة والعبد المال والثاني انهما لو لم يقبلا المال يقع الطلاق
والعتاق عند مالك اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة
فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل المال على معنى
الباء بدلالة حال المعاوضة كانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق اخر وهو ان
يجعل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها
فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة رحمه الله ان قوله وعليك الف جملة تامة من مبتدا وخبر
وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل

ف

ههنا لان الطلاق والعتاق يتفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض
بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه اي دون المال لكونهما معاوضة محضة ۞
فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك
بالخيار ثلاثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج وجاز اذا كان للمراة
فان ردت الخيار في الثلث بطلت بطل الطلاق وان اجازت الطلاق او لم ترد الخيار حتى
مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل في الوجهين
والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا
لان التصرف يعني اجابة الزوج وقبول المراة لا يحتملان الفسخ من الجانبين اما من
جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط وجزا معنى واليمين لا يقبل الفسخ واما من جانبها فلان قبول المراة شرط
تمام اليمين فان يمين الزوج يتم بقبول المراة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي
حنيفة رحمه الله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع الا ترى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس
بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع
عنه ويتوقف على ما ورا المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط
اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه شرط يمين لا ان يكون تمليكا في نفسه كمن
قال لاخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الاخر حر فانه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه
معاوضة ان يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه ثم لما بطل القبول بالرد بحكم
الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قايم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب العبد
في العتاق مثل جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا خيره في الاعتاق على مال كما
يصح الخيار في الخلع من جانب المراة ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت
قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل
فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق
الطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين على تاويل الحلف
او المذكور لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه اي بدون الشرط
اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار
بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه عن الاقرار وهو غير مسموع قال رحمه
الله والمباراة كالخلع ش المباراة بفتح الهمزة مفاعلة من برأ الشريكه اذا ابرا كل منهما صاحبه
وترك الهمزة خطا كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المباراة والخلع كلاهما يسقط
كل حق لكل واحد من الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون
المستقبلة لان المختلعة والمباراة النفقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم
الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سماه وابو
يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المباراة فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل
الدخول على ماية درهم من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشي في قولنا ابي حنيفة وفي
قولهما يرجع عليه باربعماية ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بماية درهم لم يكن للزوج
غير الماية في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم
معروف سوى الصداق فان كانت المراة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا

يتبع

يتبع احدهما الاخر بعد الطلاق بشي لان المهر غير مقبوض فالمراة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا يرجع
على الزوج بشي من المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا كانت المراة غير مدخول بها والمهر مقبو
فان الزوج ياخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة
وان لم يكن المهر مقبوضا ياخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند ابي
حنيفة خلافا لهما واما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في
عنده وعند ابي حنيفة وابي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة رحمه الله لمحمد ان هذه
اي كل واحد من الخلع والمباراة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين
واجب بسبب اخر او عين في يده لا يسقط بهما شي من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق
النكاح ولابي يوسف ان المباراة مفاعلة من البراة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي
براة كل منهما عن الاخر وانه اي لفظ البراة مطلق اي على تاويل المذكور مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة
الغرض هو وقوع البراة عما وقعت البراة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنا
انما يكون باسقاط ما وجب باسقاط تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض قطع المنازعة
الناشية بالنكاح فتنفيذا لبراة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع فمقتضاه الانخلاع
وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبي
عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل
ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه الملازمة به وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح كالمباراة فيعمل
بالاطلاق كما في المباراة في النكاح واحكامه وحقوقه فلولا يحتمل الفصل ونفقة العدة لم تكن
واجبة عند الخلع ليسقط بها وانما تجب بعده شيا فشيا ومن خلع امراته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها
لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه اي الخلع لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ۞
ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث والبدل متقوم ومقابله ما ليس بمتقوم ماله قيمة ليست
من النظر في شي بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امراة بمهر المثل من جميع المال لكان
مقابلة المتقوم بالمتقوم وهي من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج
من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق او لا يقع فيه روايتان في رواية تقع وفي رواية لا يقع
ومنشا الروايتين قول محمد رحمه الله في الكتاب لم يجز لانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان
ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه
في المنتقى فقال لساله لا يكلفها ولو خلع امراته الصغيرة على مهرها فقبلت او قالت
الصغيرة لزوجها اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق ويعتبر ان اختاره المصنف وقال
والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بساير الشروط مثل ان
يقول ان دخلت الدار وغيره وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذا اذا وجد القبول ووجه
الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة ولو انعقد من
الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يتقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين
وشرط اليمين يصح من كل احد فان خالعها على انه اي الاب ضامن فالخلع واقع والالف عليه اي على
الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة على الصغيرة لان الزوج لا يستحق
عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي
صحيح لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شي يقابل البدل في ملكه ففعل الاب اولى وذكر

كا نصر

ض

بجنح ص

زعة

لان مر

في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشرا واجارة وايداعا وابضاعا
ولا يجوز هذه التصرفات من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما
جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب
وله ذلك اولى وفيه تامل لان التصرف في مال الصغير انما يوثر في الاولوية ان لو تعلق بدل
الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها سوا ولعل الاولى ان يقال الخلع
تصرف دائر بين النفع والضرر او نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله
من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها اولى فان قلت على ما ذكرنا
من كون الاجنبي في معنى المراة في عدم دخول شي كالعبد وليس كذلك قلت يحصل للعبد حرية
نفسه التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس للاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية
والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع ليعمل القوة الشرعية فلم يكن فيه اثبات شي بخلاف العتق **قوله**
ولا يسقط مهرها يعني وان كان الخلع يسقطه لانه لم يدخل تحت ولاية الاب لانه ليس من النظر ولا
نظرية و**قوله** وان شرط الالف يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها
ان كانت من اهل القبول بان تعقل العقد وتعبر عن نفسها فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط
ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه اي في هذا القبول روايتان
في رواية يصح لانه نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فيصح من الاب كقبول الهبة كذا في
مبسوط فخر الاسلام وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة
وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود
الشرط وهو القبول وليست من اهل الغرامة وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين في رواية يصح وفي اخرى
لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه انفا وان ضمن الاب المهر اي التزم يعني ان خالع الاب مع الزوج
والتزم المهر على ذمته وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا
لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير [illegible] وكان المهر الفا فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح
والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكانه صالحها على خمسمائة
صريحا وفي القياس يلزمه الالف بحكم الضمان لانه علق الضمان للاب بالمهر وهو الف درهم اذ لا يخلو
من احد الامرين اما ان يكون مدخولا بها او لا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم
الضمان الف درهم وان لم يكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الاخر سقط بالطلاق قبل الدخول
وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان
المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الاخر الذي
ترجع به المراة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم يقبض المهر واما اذا قبضت كله فان
فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الاخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر لاختلاف السبب
عند اتحاد المقصود واصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف
ولم تقبض شيا فالقياس ان يجب عليها خمسمائة للزوج لان له خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل
الدخول وقد التزمت المراة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان لها على
الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زايدة على الالف تتميما للالف
التي التزمتها وفي الاستحسان لا شي عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل
فلا يلزمها شي زايد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المراة الالف وخمسمائة او الف

بدل

بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة
بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول و**قوله** زايدة بالجر لانه صفة تتبع المضاف اليه
في الاعراب كما في قوله تعالى الحسيب بقرات سمان كذا في النهاية وقال هذا افادني شيخي رحمه الله مرارا

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب المحرمات المتقدمة في اول كل باب منها ويحتاج الى وجه تقديم الظهار
على اللعان ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى
غير منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في
اللغة قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقها تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التابيد
اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامراته انت علي كظهر
فلانة وهي ام المزني بها او بنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقها من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه
سبب الخلع وهو النشوز فان ابتدا الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا
بالغا مسلما والمراة من نسائنا وركنه قوله لامراته انت علي كظهر امي وما قام مقامه وحكمه حرمة
الوطي والدواعي مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه
لا يحل له وطيها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله
ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك انهم كانوا في الجاهلية اذا ارادوا ان
يطلقوا امراته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج
ثم نظروا فلم يجدوا موضعا احسن في الذكر ولا استر من الظهر مع اصابة المعنى الذي ارادوه
فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد ساء خلقه
لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع
الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله
ورسوله فيّ فوقع علي فدفعته بما تدفع به المراة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراني فاخذت
ثيابا فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن
عمك وقد كبر فاحسني اليه فجعلت اشكو الى الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى
قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى اخر الايات ثم قال مريه فليعتق رقبة
فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه فليصم شهرين متتابعين فقالت هو شيخ كبير لا يطيق
الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شي يا رسول الله فقال انا سنعينه
بعرق فقلت وانا اعينه بعرق ايضا قال فعلي واستوصي به خيرا وقال علماونا رحمهم الله المراد من العود
هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال الشافعي المراد هو السكوت عن طلاقها
عقيب الظهار **قوله** وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة
وبيانه ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من
القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية
تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في
الاحرام وقال الشافعي لا يحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس

مثر وما لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق الملك
لكونه منهيا للملك ومتمما للمومن قال السابه انثى علي كظهر ابي كان مظاهرا منهن جميعا وكلامه فيه
واضح و **قوله** بخلاف الايلا منهن يعني بان يقول لهن والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت
اربعة اشهر طلقن جميعا وان قربهن الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه
لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة
الوطي ودواعيه الى نهاية ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود
جميعا فان الله تعالى اعطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفا وانما كان
ذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزور ليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة
لان سببها لا بد وان يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة علي ما عرف في الاصول فضم اليه العود عملا
فالكونه نقض الجد المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطي ثم
ابانها او ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطاها سقطت فان قيل لو كان للعود
مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب
وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة علي الفعل
لانها شرعت انها للحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد انهاء الحرمة فوجب
التعجيل علي الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة
وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن
الكفارة الا ترى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها و **قوله** من كل وجه
متعلق بالموقوف دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب
الذي لم يؤد شيا صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض علي المصنف بوجهين
احدهما انه لم يسمع عن ائمة اللغة رق حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال ارق فلان اذا صار
رقيقا اي عبدا واجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق
وكلاهما ثقة والثاني ان تذكير الذات لا يجوز والصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب
بان الذات تستعمل استعمال النفس والشي فتذكيره باعتبار المعنى الثاني و **قوله**
والشا فعي يخالفنا اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة لانها حق الله تعالى وحق الله لا يجوز
صرفه الى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق و **قوله**
وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله وتقريره ان قصد
المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى ثم مقارنته المعصية
اي بقاؤه علي ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقائل ان يقول معارفة
المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكاة
والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله
عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها علي فقرائهم اخرجهم عن المصرف **قال** رحمه الله ولا
تجزي العميا اي لا تجزي اعتاق الرقبة العميا ذكرا كان او انثى وكلامه ظاهر والضابط في
تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه
مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك
لم يجز **قوله** رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة فجامعها ثم اعتق النصف الاخر

لم يجز وان اعتق النصف الاخر قبل الجماع جاز و **قوله** كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم
و **قوله** مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها
وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا و **قوله** وجنس ما يبتغى من المنافع فيها قايم احتراز عن
مقطوع اليدين والرجلين وما يماثل ذلك و **قوله** بلا بدل احتراز عما اذا اعتق عبده على
بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير في حق ذلك
الجنس كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه و **قوله** ويجوز الاصم واضح و **قوله** لان قوة البطش
بهما يفيد ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع اكثر اصابع كل يد كقطع جميعها و **قوله** والذي
جن ويفيق يجزيه يعني اذا اعتقه في حال افاقته ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه
تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما
جهة الحرية فكان الرق ناقصا لانه اذا ثبت فيه شي من القوة الحكمية ثبت في مقابلته شي من الضعف الحكمي
و **قوله** فاشبه المدبر استدلال بما لا نقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي
جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا و **قوله** علي ما بينا اشارة الى قوله ولهذا يقبل الكتابة
الانفساخ و **قوله** صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم و **قوله** والكتابة لا تنافيه دليل الجر وتقريره المكاتب رقيق
قبل الكتابة لا محالة ولم يزل رقبها لان الشي لا يزول الا بما ينافيه والكتابة لا تنافي الرق فانه اي عقد
الكتابة وذكر باعتبار الخبر فك الحجر اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاجارة والاجارة
وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في
التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون اجاب بقوله الا انه اي عقد الكتابة فك
الحجر بعوض فكان لازما من جانبه اي جانب المولى و **قوله** ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل يعني
لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق كفارة لكنه اذا اعتقه عن الكفارة ينفسخ قبل الاعتاق
مقتضي الاعتاق اذ هو اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا والفسخ عقد الكتابة
مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون بجهة التكفير
وله اكساب اجاب بقوله الا انه يسلم له اي للمكاتب اي الاكساب والاولاد عن مملكه
لان العتق في حق المحل يعني المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما
لو عتق مازابدا الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضى المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة
والدلالة لا تتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة لا يختلف لا في ذاته
ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا
للجانبين ولان الفسخ يثبت ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في حق الاولاد والاكساب و **قوله** وان
اشترى اباه او ابنه واضح و **قوله** بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا يعني انه لا يجوز عن الكفارة
بالاتفاق فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه يصير حرا مديونا
بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزى اجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق
فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه لتعذر استدامة
الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما بقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد الا شيا ومثله يمنع الكفارة فان
قيل المضمون انما يملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت
ملك المعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفالة

علي ما نذكره فيما يليه اجيب بان الملك المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون
له لا في حق غيرهما علي ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة وغيرهما فلا يثبت الملك
في حقها مستندا ويلزم النقصان لما نع فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق ما بقيه
عنها جاز لانه اعتقه بكلامين ولا محظور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان كما مر والنقصان
ما نع اجاب بقوله والنقصان متمكن علي ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه اعتق النصف
وبعض النصف الاخر ثم اعتق ما بقي ومثله غير ما نع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان
النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم
لان النقصان تمكن علي ملك الشريك حيث لا يمكن ان يجعل النقصان الحاصل في الباقي النصف الباقي
مصروفا الي الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة
فاذا ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرفه الي الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كانه اعتق
عبدا الا قدر النقصان **قوله** وهذا اي جعله اعتاقا بكلامين علي اصل ابي حنيفة في تجزي
الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين
وعلي هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي ظاهرة الا انه اعترض علي قوله واعتاق النصف حصل
بعده بان اي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز
عن الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق
نصف العبد كان لم يكن وكانه قد جامع قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك **قال**
رحمه الله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق واذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين
فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين وان صام بغير الاهلة نافطر لتمام
تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان دخل في صيامه شهر رمضان ويوم الفطر
او يوم النحر او ايام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا
عامدا او ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا
يستانف وانما قيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها وان كان وطيا يفسد الصوم كالجماع
بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطيها في النهار ناسيا
وبالليل كيف ما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق فلا واما ذكر العمد فيه
بالليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطي بالليل سوا فعرف ان الاختلاف في وطي
لا يفسد الصوم لابي يوسف رحمه الله ان هذا وطي لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم
يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط في كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم علي
المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه علي المسيس شرطا ففيما ذهبنا
اليه تقديم البعض وفيما قلتم بفي الاستيناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض اهون من تاخير الكل
ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا
يحتمل وجهين احدهما ان يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس
وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه علي المسيس
يستلزم خلو الصوم عنه وهذا الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه ينعدم به اي
بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف لانه ان عجز عن الاتيان به قبل المسيس فهو
قادر عن الاتيان به خاليا عن المسيس والي هذا يشير كلام عامة الشارحين والثاني ان يقال قوله

وان يكون

وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير للاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاوه
عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التي ظاهر
منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الي الكفارة فيلزمه الاستيناف وهذا
اولي لاشتماله علي الجواب عن قوله وان كان تقديمه علي المسيس شرطا الي اخره والجواب عنه انه لا
يفسد الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص علي خلاف القياس فلا يتعدى
الي قطع التتابع وفي العمد يعدم القابل بالفصل وان افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض
او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز عما اذا افطرت المراة
في كفارة القتل او الافطار بعذر الحيض فانها لا تستانف لانها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين
لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر علي الاعتاق في اخر يوم من الشهرين فان
كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره علي الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته و **قوله** والظاهر العبد ظاهر
و **قوله** او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة
فلا يجوز اداؤها قيمة اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كان اكثر من الاجزاء ومثله فيه حتى
لو ادي اقل من نصف صاع حنطة يبلغ صاعا من تمر او شعير والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه
من الطعام لا يكون بدلا عن جنس اخر منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص
في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره و **قوله** في حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة
بن الصامت واوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة التي نزلت فيها اية الظهار وقد تقدم
واما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في
المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المصنف موافق لما اورده الامام المستغفري في معرفة الصحابة
قال سهل بن صخر الليثي و **قوله** فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار ولكن بينهما فرق من وجه اخر
وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا منا من حنطة ومنا اخر فقيرا اخر لا يجوز لان الواجب طعام ستين
مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد طعام المعتاد للمساكين واما في صدقة
الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكونا عنه فيكون التفريق جائزا و **قوله**
او قيمة ذلك ظاهر و **قوله** لحصول المقصود اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام
وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالاخر واما
اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة
والكسوة ارخص من الطعام فلم يجزه لما ان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا
ترى ان الاباحة في احدهما يجوز وفي الاخر لا واستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان بينه
وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث الاغنا
واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشرط في كل رقبة ينع
التكفير بها و **قوله** امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر و **قوله** فان غداهم وعشاهم
بكلمة الواو لا باو لان التغدية وحدها والتعشية وحدها لا يجزي قال في المبسوط المعتبر
في التمكين اكلتان مشبعتان اما العشاء والغداء واما غداءان او عشاءان لكل مسكين فان المعتبر حاجة
اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا غدى ستين وعشى ستين
اخرين لا يجوز و **قوله** قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان

بعين

ف

هم

كان احدهم سنبعا لخلاف المشايخ فيه فمنهم من قال بالجواز لانه وجد اطعام العدد المعين
وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه الشبع السنين وهو ما اشبعهم وقوله
وقال الشافعي متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على
الزكوة وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب
منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لا في جعل
الغير طاعما وفي الاباحة ذلك اي التمكين كما في التمليك فيتادى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين
فلم افاد عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعمه
او يصرف الى حاجة اخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه اما الواجب في الزكوة فهو الايتا
لقوله تعالى وآتوا الزكوة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون وهما للتمليك
حقيقة **وقوله** ولو كان فيمن عشاهم صبي ظاهر **وقوله** وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن
يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم
جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود
سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعدما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له الى سد الخلة بصرف
وظيفة اخرى اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا يمكن ان يجعل
مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير بأتم من هذا وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك
كثيرة تتجدد في يوم واحد فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة الا بالحاجة
بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته منه في يوم سهي حاجته الى الطعام ولا يتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف
ما اذا دفعه واحدة لان التفريق واجب بالنص وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لا
حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة **وقوله** والاقرب
الذي ظاهر منها في خلال الاطعام واضح **وقوله** والمنع لمعنى في غيره يعني تقديم القديم على الاعتاق
لا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الاوقات المكروهة **قال** رحمه الله
واذا اطعم عن ظهارين واذا اطعم المظاهر عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا
عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما وان اطعم
ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما اتفاقا له ان بالمؤدى وفاء بهما اذا الواجب عن كل ظهار لكل مسكين
نصف صاع من بر ففي الصاع وفاء بهما لا محالة والمصرف قابل له محل لهما لان الفقير لا يخرج باخذ
احد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة والنية معينة فيقع عنهما كما لو اختلف السبب بان اطعم
ذلك عن افطار وظهار او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس
المختلفة والغرض عدمه فلغت النية واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف
الصاع ادنى المقادير والمقادير يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة
فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين اخر
وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة فكانا بمنزلة جنسين مختلفين
فينبغي ان يقع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولو لم يلغ
وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطي التي عينها واجيب عن الاول بان النية معتبرة
في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان الاعتاق والرقبة يصلح
كفارة عن احد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا

فان صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق
فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلاثين مسكينا
كل واحد صاعا **وقوله** ومن وجبت عليه كفارتا ظهار ظاهر **وقوله** كان له ان يجعل ذلك
عن ايهما شاء جواب الاستحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لخروج الامر من يده وانما عتق عن ظهارين
وقيل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين يعني في متحد الجنسين وفي مختلفه
وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن ايهما شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود
وهو السنة جنس واحد والنية في الجنس الواحد غير مفيدة فتبقى نية اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة
كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف
العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو
فيلغو معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة عن الظهارين
ولم ينوعهما وذلك ولا يمكنه له ان يصرفها الى ايهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان
من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان
قيل لا نسلم اختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف
الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف
اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة
عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف رحمه الله لكل واحد من
الجنسين المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء نية
التوزيع وبقاء اصل النية اذا الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه صوم القضاء
والنذر فانه لا بد من التمييز فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما لان الجنس
مختلف واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه والا لا يقع
عن واحد منهما واجيب بانا لا نسلم اتحاد الجنس لانه مختلف باختلاف الخطاب والسبب لان لكل منهما
سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من اول الشهر الى اخره

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا
ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل وهو مقدم
وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب والسبب قذف الرجل امرأته قذفا
يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه
الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا
من اللعان **قال** رحمه الله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة اي من اهل اداء
ولهذا لا يجري بين مملوكين والمرأة ممن يحد قاذفها حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل
بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان
فان قيل اللعان يجري بين الاعميين والفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها
ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وان كانت ممن
يحد قاذفها اجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا في شرح الطحاوي
والجامع الصغير لقاضي خان وعن الثاني بانه انما اشترط كونها ممن يحد قاذفها لان اللعان قائم مقام حد القذف في جانب

حكم ثابتا اذا لم يكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قايم في حقه مقام حد القذف وهو ينفي
احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل من اهل الشهادة فانه يحد حد القذف فلو علل القذف بعدم ايجاب حكم
قوله والاصل على ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتدا كما في الاجنبية لعموم
قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية ولما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا
في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارايتم الرجل يجد مع امراته رجلا فان قتل قتلتموه
وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت اية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم
قال لهلال بن امية حين قذف امراته بشريك بن سحما ائت باربعة شهدا يشهدون على صدق مقالتك
والا فحد على ظهرك فقالت الصحابة الان يجلد هلال بن امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان
موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا الى اية اللعان فوجدناها دالة على ان
الاصل في اللعان ان يكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قايمة مقام حد القذف
في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهدا الا
انفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهدا والاصل في الاستثنا
ان يكون من الجنس ولا شهدا الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل انها شهادات
المؤكدات بالايمان نفيا للتهمة وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على
الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن
لو كان كاذبا تاكيدا وهو قايم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن
اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة
اللعن عن اعينهن فعساهن يجترين على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه
عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة
مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر عن
والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب لهلاكه وفي ذلك زجر عن الاقدام
على سببه فان قيل لو كان اللعان قايما في حقه مقام حد القذف لجرى مجراه في الاتحاد عند
والتعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او في كلام واحد متفرق
فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف
لهن مرة واحدة اجيب بان اللعان قايم في حقه مقام حد القذف بقذف امراته
لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه في الابتدا بقذفها لا بما يرد عليه للاجنبيات على ان ذلك
الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة
حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون
صادقا في حق بعضهن دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن
فيلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب
قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا
لان عند الشافعي رحمه الله اللعان ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان اهلا لليمين كان اهلا للعان
قال رحمه الله اذا ثبت هذا نقول يعني اذا ثبت ان الاصل في اللعان عندنا شهادات مؤكدات
بالايمان نقول لا بد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون
المراة ممن يحد قاذفها لانه قايم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب بنفي الولد

لانه

لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسب ولدها من ابيه المعروف فانه يكون قاذفا
للمراة كذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطي بشبهة لان الاصل في النسب الفراش
الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي رحمه الله
لا يصير بنفي الولد قاذفا لها لانها لم تقل وانه من الزنى لجواز ان يكون من الوطي بشبهة كما لو قال
لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفا فاما لو نفى وقال من الزنا بالاتفاق
قال شيخ الاسلام والقاضي ما قاله الا انا تركنا للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد
ليس منه بان لم يطاها او عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه زنى او بوطي عن شبهة فالتنفي بنفي
الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الولد الاجنبي ويشترط طلبها
موجب القذف لانه حقها لانه باللعان يندفع عار الزنى عنها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان
امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه ليرتفع السبب وفي نسخة اخرى
ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب اي سبب اللعان اي علته وهو التكاذب
لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الاخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امراته بالزنى
واما اذا كذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المراة في انها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك
واما النسخة الاخرى فقيل انها تعتبر زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر الا ترى
انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل في القذف ولكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال
اراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون
المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس ولو لاعن وجب عليها اللعان
لانه مامور النص وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله و قوله الا انه يبتدي
بالزوج لانه هو المدعي بنا على ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثنا بمعنى
لكن كانه استشعر ان يقال المتلو من النص لا يدل على المدعى به فقال الا انه يبتدا قوله فان امتنعت
ظاهر واذا كان الزوج عبدا او كافرا او كانا كافرين فاسلمت المراة وقذفها الزوج قبل ان يعرض
عليه الاسلام او محدودا في قذف فقذفها فلا مراة فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته
لانه ليس من اهل الشهادة فيصار الى الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الاية فانه كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند
وجود الشرايط فاذا عدمت صير الى الاصل قوله وان كان هو من اهل الشهادة ظاهر
قوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم
اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد
له اصل في كتب الحديث ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد الله
الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقيل كفى بابي بكر الرازي رحمه الله
لعدالته وفقهه وضبطه مقتدى ولو كان محدودا في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان
بمعنى في جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة
في القذف درا للحد بان المانع عن الشي انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي لانه عبارة عما ينتفي به
الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم
وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما اذا وجدت الاهلية
من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها بكونها محدودة في قذف

بطل المقتضي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد بل انعقد اللعان ولا اللعان لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف
عبد امرأته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه
ليس من اهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب ان يحد لان القذف موجبه
واجيب بان في العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درءا للحد وليس
كذلك المحدود في قذف **قال** رحمه الله وصفة اللعان ان يبتدي القاضي صفة اللعان
على ما ذكر في الكتاب واضحة **قوله** فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما بدليل انه لو
مات احدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر رحمه الله تقع الفرقة بتلاعنهما
لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا
الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فامساك
بمعروف او تسريح باحسان ووجه الاستدلال ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف
فيلزمه التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم و**قوله** دل عليه اي على
ان تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه ايضا كان اولى فتامل و**قوله** قول ذلك
الملاعن يريد عويمر العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان
امسكتها هي طالق ثلاثا فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر
رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها اجيب
بان ذلك ينصرف الى طلبه رد المهر فانه روي انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من
فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجي ثم اذا فرق الحاكم
تكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته
عنه كما في العنين و**قوله** وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما مسئلة مبتداه وقال ابو يوسف
هو اي الثابت باللعان تحريم مؤبد لقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا
نص على التابيد وهو ينافي كونه خاطبا ولهما ان الاكذاب اي الاقرار بالكذب رجوع عن الشهادة
والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التابيد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان
ما داما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان او مجازا باعتبار
بقاء حكمه ولم يبق شي بعد الاكذاب اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب نفسه
وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو
كان القذف بولد نفى القاضي نسبه من الاب والحقه بامه وصورة اللعان في ذلك
ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الى اخره وهو ظاهر و**قوله** ولان المقصود من
هذا اللعان نفي الولد حيث كان القذف به فيوفر عليه اي على الزوج مقصوده فالقضا
بالتفريق يكون متضمنا للنفي فلا يحتاج ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف
ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب ابيه حتى لو لم يقل
ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفي الولد ينفك عنه اي عن التفريق اذ ليس من ضرورة
التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه
فلا بد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن ابي يوسف رحمهما الله فان عاد
الزوج واكذب نفسه بعد اللعان حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية
هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا اكذب نفسه بعد القذف والبينونة

لايجب

لا يجب عليه الحد ولا اللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتاتى ذلك بعد البينونة
فلا معنى للعانه بعد فوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا للعان والقذف الواحد لا يوجب
الحدين بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد الالتعان لان وجوب اللعان هناك باصل القذف والحد بكلمات
اللعان فقد نسبها فيها الى الزنى وانتزع معنى الشهادة عنها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير الشهود بالزنى اذا
رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لم يحد وان اكذب نفسه فلو قال انت طالق ثلاثا يا زانية
كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلاث ثم انما قذفها بالزنى بعد البينونة فعليه الحد ولو قال
يا زانية انت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط و**قوله** وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله
وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز ان يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري
و**قوله** وكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني جاز له ان يتزوجها و**قوله** لما بينا يريد به
قوله لانه لما حد لم يبق اهلا للعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها لانتفاء اهلية اللعان
من جانبها فان قيل لا يجري اللعان بينهما الا على انهما زوجان على صفة الاحصان والمراة والرجل اذا زنيا بعد
احصانهما يرجمان لكونهما محصنين فكان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك الى من يحل التزوج اجيب
بان معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسئلة ان يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها
زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شرط احصان الرجم
الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد **قال** رحمه الله واذا قذف امراته وهي صغيرة اذا قذف
الرجل امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفهما لو كان القاذف اجنبيا لعدم
احصانهما لان من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف
وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية لكونه غير مخاطب وقذف الاخرس لا يتعلق
به اللعان لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت الا بالصريح فكذلك اللعان وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الاشارة لا تعرى عن
الشبهة لكونها محتملة والحد مما يندري بالشبهات واللعان في معنى الحد واذا قال الزوج ليس
حملك مني ظاهر والضمير في قوله بقيام الحمل عند القذف و**قوله** والقذف لا يصح تعليقه
بالشروط انما كان لان القذف مما لا يحلف به لافضائه الى زمان وجود الشرط في ذمة
الحالف وفي ذلك احتيال لاثبات ما يندري بالشبهات وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا
ظاهر و**قوله** وقد قذفها حاملا روي عنه انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به اصيهب اريسح
حمش الساقين فهو لهلال وفي رواية احيمر قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك
فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان
ولنا ان نفي الولد حكم من احكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله
اي قبل انفصال الولد او قبل حصول الولادة فان قيل يترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث
والوصية به وله اجيب بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد
بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر
في الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفي الولد منها لئلا يلزم اقامة
الحد مع قيام الشبهة والحديث اي حديث هلال محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي بدليل
ما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي
و**قوله** واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنية قال في النهاية

على بنا المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنية ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر و **قوله** يصح نفيه
في مدة النفاس يعني اذا كان حاضرا ولابي حنيفة رحمه الله انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان
للتامل فلا يتبع في نفي الولد مجازفا واحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه اي على عدم
النفي وهو قبوله التهنية او سكوته عند التهنية فان ذلك اقرار منه ان الولد له وكذلك ابتياعه
ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل
القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروي الحسن عن ابي حنيفة
انه قدره بسبعة ايام لان في هذه المدة يستعد للعقيقة وانما يكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن
هذا ضعيف لان نصب المقدار بالراي لا يجوز وذكر في الشامل انه روي عن ابي حنيفة انه مقدر
بثلثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج غايبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة
التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدته الان فله النفي عند ابي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه ٥
التهنية وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت
حالة القدوم كحالة الولادة و **قوله** واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر و **قوله** والاقرار
بالعفة سابق على القذف جواب سوال تقديره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف
لان الاقرار الاول لثبوت النسب باق وبعد نفي الثاني يعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار
ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة
سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال انها زانية وفي
ذلك التلاعن ولا يكون ذلك اكذابا فكذا هذا والله اعلم بالصواب

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه احكام الاصحا وغيرهم المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب من به نوع مرض
لما تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحا والعنين هو الذي لا يقدر
على اتيان النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل ومن عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا
فرق بين ان يقوم اليه او لم يقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون بعض ويكون
ذلك لمرض به او لضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحر او لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل
اليها لفوات المقصود في حقها **قال** رحمه الله واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة ابتداوها
من وقت الخصومة فان وصل اليها والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المراة ذلك وهو قول عمر وعلي وابن
مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة واصحابه ومالك واصحابه والشافعي
واصحابه واحمد واصحابه ولان حقها ثابت في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة
ويحتمل ان يكون لافة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول
الاربعة لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة او بالعكس من ذلك ٥
وكذلك بقية الطبايع فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بافة سماوية اصلية ففات الامساك
بالمعروف فوجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان يقدر
السنة شمسية اخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها
بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما نذكره ولا بد من طلبها التفريق لانه حقها
وتلك الفرقة تطليقة باينة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال
الشافعي هو فسخ لانه فرقة من جهتها كالرد بالعيب لا ينقص الطلاق عندنا يعني بعد التمام واما قبل تمام

باب العنين وغيره

العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم وانما يقع التطليقة باينة لان المقصود
وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن باينة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون
ذات زوج ولا مطلقة اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطي واما الثاني فلانها تحت زوج
فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المراة قد سلمت المبدل
مع وجود الالة فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما وتجب عليها العدة اذ احتمال الاجابة
التجرع فيكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بينا يعني في باب المهر فهذا ان اقر الزوج
بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق
حق الفرقة حقيقة وان كان يدعي الوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر
شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر كالمودع اذا ادعى رد الوديعة
القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله لقد اصبتها بطل حقها
وان نكل يوجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النسا فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب
يحلف الزوج لامكان ان يكون زالت بوجه اخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة
فان حلف فلا حق لها وان نكل يوجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر
بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار
فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة فتصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر قال وان
كان يجبوبا فرق بينهما في الحال الظاهر و **قوله** وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان حلف الا
للتسليم مرة قبل الاجل للتاجيل ومرة بعد التاجيل للتخيير فان تكررت لا بدها بالنكول لنا
دعوى المراة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان حلف لا يحمل لبطلان حقها وان كانت
ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر
استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت لبطلان حقها
وكذا اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيا بطل خيارها
لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امراته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثل هو التفريق كان حقها
فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتاخير الاختيار الى ما قامت او اقيمت سقط حقها
فلا تطالب بعد ذلك بشي وان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها فان ابى فرق
القاضي بينهما كما مر **قال** رحمه الله وفي التاجيل يعتبر السنة في التاجيل يعتبر السنة القمرية
هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلثماية واربعة وخمسون يوما وروي الحسن عن ابي
حنيفة انه يعتبر السنة الشمسية وهي ثلثماية وخمسة وستون يوما وجزء من ماية
وعشرين جزء من اليوم ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض عن ايام الحيض
وشهر رمضان الواقعة في مدة التاجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التاجيل وذلك لان
الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التاجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضا
مع علمهم ان السنة لا تخلوا عنها ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلوا عنه اي
عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام اخر وعلى هذا فتوى
المشايخ وروي عن ابي يوسف انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من
نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدله مكانها وكذلك
الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون

اللبن يكون نصف الشهر فيثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعندهما اذا ناصحه بين في شي من السنة ولو في يوم يحتسب عليه في زمان المرض وعن محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض واذا كان بالزوجة عيب اي كان فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن الرتق بفتحتين مصدر قولك امراة رتقا لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الا المبال والقرن بسكون الراء قال في المغرب هو اما غدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم يمنع من سلوك الذكر في الفرج وامراة قرنا بها ذلك قال لانها يعني العيوب الخمسة يمنع الاستيفا حسا او طبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هولا وربما يسري الى الاولاد والطبع مويد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفا بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شي من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى وفيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما وهذا اي كون هذه العيوب لا يوجب الفسخ لان الاستيفا من الثمرات وفوات الثمرة لا يوثر في عقد الا ترى انه لو لم يستوف لعجز او دفر او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الباقيين فبالفتق والشق وقوله عليه السلام فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امراة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه عليه السلام قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطي لان شرعية النكاح لاجل الوطي وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل جعل المصنف الوطي فيما اذا كان بالمراة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مثل الجب والعنة جعله المقصود والمشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الوضعين وذلك تحكم قلت هذا السوال نشا من تفسير المشروع له النكاح بالوطي وليس ذلك بمراد فانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة والله اعلم بالصواب

باب العدة

العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها بذكر وجوه التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقرا المراة في الشريعة تربص يلزم المراة عند زوال ملك المتعة متاكدا بالدخول والخلوة او الموت وهو اي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل ينقضي وعند الشافعي هو كف المراة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه قال رحمه الله واذا طلق الرجل امراته اذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه اذ الرجعة لا تكون

الا بعد الدخول بها او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الاخر والفرقة في النكاح الفاسد وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقرا لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة بغير طلاق فهي في معناه الطارية على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق والاقرا الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا يمكن الجمع بينهما ولهما جملة للاشتراك فان اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقيين او حقيقة ومجاز على ما عرف في الاصول لا بعد في ان يكون تعرض بكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا ايضا مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لمعان احدها العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لان الطلاق يوقع في طهر والسنة ثم هو محسوب عن الاقرا عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرءين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا مما ايضا عرف في الاصول وقد قررنا في الانوار والتقرير بخلاف ما اذا اريد بالقرء الحيض فانه يحمل ثلاثا والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان الحمل يظهر منه فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل وحايل وهو اي التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يوثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض فليلتحق بيانا به اي فيلتحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن وكذا التي بلغت بالسن اي خمسة عشر سنة باخر الاية وهو قوله تعالى واللائي لم يحضن عطف على اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا فتيمموا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله وان كانت امة ظاهر وقوله وعدة الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستاذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها تقعد في شر احلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبا ببعرة افلا اربعة اشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان الطولى وهي الحول والقصرى وهي اربعة اشهر وعشرا وان الاولى هي العدة الكاملة والثانية رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف غير مرة ان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي رضي الله عنه يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر ايهما كان ابعد لان قول الله تعالى واولات الاحمال اجلهن الاية تقتضي الاعتداد بوضع الحمل

وقوله تعالى يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني سورة يا ايها النبي
اذا طلقتم النساء الى اخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى واولات الاحمال
متاخر عن قوله تعالى يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر رضي الله عنه
لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل في ذوات الاحمال وقال عمر رضي الله
عنه لها ان تتزوج **قال** رحمه الله واذا ورثت المطلقة في المرض عن المطلقة بطلاق
الفار اذا بانت بائنا او ثلاثا فعدتها ابعد الاجلين انه تعتد باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض
حتى لو اعتدت ثلاث حيض اربعة اشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض ولو حاضت
ثلاث حيض قبل تمام اربعة اشهر لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله ثلاث حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف
ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لزمها ثلاث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة
وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله الا انه بقي في حق
الارث يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل
وجه لما تقدم ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وبيان الملازمة بقوله احتياطا وبيانه
انا انما اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح منزلة القايم بينهما حكما الى وقت الموت واعتبارا قامة
العدة مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك
والعدة تجب فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة اولى وتجب وجوب
العدة عليها بالحيض تقرر حقيقته فالزمنا ها الجمع بينهما احتياطا قوله ولو قتل على ردته جواب
عما استدل به ابو يوسف فقال الا ترى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته جواب عما استدل به ابو
يوسف فقال الا ترى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وعليها عدة الوفاة
بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح هاهنا بالطلاق البائن لا بالموت
وتقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بابعد الاجلين فلا نسلم ذلك وقيل عدتها
بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكر في الكتاب ان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق
الارث لانها عند مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت
الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة وهاهنا استحقاق الميراث
عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح القايم بينهما الى وقت الموت حكما وقوله فان اعتقت
الامة في عدتها ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال
فينبغي ان لا تتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال الامة ولهذا تعتبر من وقت الطلاق واجيب
بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال مترددة وكانت مترددة لتردد سببها فتتغير ولهذا
تتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق وقوله
وان كانت ايسة ظاهرة وقوله اذا رات على العادة يعني اذا رات دما سايلا وكان محمد بن ابرهيم
الميداني يقول ان رات دما سايلا كما كانت تراه في زمان تحيضها فهو حيض وان رات بلة يسيرة لم يكن
حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله لان عودها يبطل الاياس
هو الصحيح قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها
فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة او نحوها فرات الدم

بعد ذلك لم يكن حيضا وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل منه كالشيخ الفاني صلى بالتيمم ثم سبقه الحدث ولم
يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يومي وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب
بان البدلية اما ان تعتبر في الصلاة او في الطهارة وكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلاة بالتيمم
ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشي لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فان الطهارة
وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تحل بالاخرى واما العدة بالشهور
فبدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما **قال** رحمه الله والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة
نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم اذا نكحها المحرم على المكرمة عند ابي حنيفة
رحمه الله والموطوءة بشبهة ومنها التي زفت الى غير زوجها فوطئها عدتها الحيض في الفرقة والموت
جميعا لانها اي لان عدتها للتعرف عن براءة الرحم لا لانقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء
بشبهة والحيض هو المعرف ولا يفرقه في ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب ان تكتفي
بحيضة واحدة او شهر كما في الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقا
للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا تؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة
الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاءه وكذلك
يثبت اجر المثل دون المسمى لذلك وهاهنا ايضا لم يثبت عدة الوفاة لوهائه فان عدة الوفاة لم يثبت
اظهار التاسف لفوت نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح
ولكن لما ان فيه جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا وان مات مولى ام الولد عنها
او اعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة وهو مروي عن ابن عمر رضي الله
عنهما قال عدتها اثر ملك اليمين لانها تجب بزواله فكان كالاستبراء ولهذا لا يختلف بالحياة والوفاة
ولنا انها اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها الا يكتفى بحيضة واحدة والقياس
على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما واماما
فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلاث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود رضي الله
عنهما وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح وقوله واذا مات الصغير عن امراته
ظاهر وقوله كالحادث بعد الموت يعني بان تضع بعد الموت لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند
عامة المشايخ وقال بعضهم بان ما في الاكثر من سنتين قال في النهاية والاول اصح وتفسير قيام
الحبل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الفوايد الظهيرية ولهما قوله
تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره
في عدة الطلاق والوفاة وقوله ولانها مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة
بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لقضاء حق النكاح بتحقق في الصبي
وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة ومن الاولى بقوله لتشرع اي لتشرع عدة الوفاة
بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف
على ما مر وفيه بحث لان الضمير في قوله لتشرع اما ان يعود الى عدة الوفاة في اولات الاحمال
او اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا يختص عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة
في الحامل ولا يلزم من ان يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل ان لا يكون له فيها الان نعني وضع
الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة
شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في اولات الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر

مع وجود الاقرا المعرفة والدليل اذا كان اعم من المدلول كان اتم فايدة ولو كان نفس وضع الحمل دليلا على فراغ
الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف وقوله بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار
كالحادث بعد الموت يعني انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والحادث بعده
فان قيل اذا مات الرجل ولم تكن المراة حاملا فقد الزمناها العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل يكون عدتها
بوضع الحمل فقد تغيرت العدة لحدوث الحمل اجاب بقوله ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث بها الحمل
بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان اي الحمل كالقايم عند الموت حكما تبعا للحكم شرعي اخر وهو ثبوت
النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت هاهنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقايم حكما وفي امراة
الصغير لما لم يثبت النسب الذي جعل الحمل قايما عند الحمل وكان الحمل مضافا الى قرب لا وقات فكان ابدا عدتها
بالاشهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القايم عند الموت
ووجه الحادث بعده لان الصبي لا ماء له فيستحيل منه العلوق فان قيل النكاح موجود فيقام مقام
الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح يقام مقامه اي مقام الماء في موضع التصور
وقوله واذا طلق الرجل امراته ظاهر قال رحمه الله واذا وطيت المعتدة بشبهة اذا
وجبت على المراة عدتان فاما ان تكونا من رجلين او من رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلاثا
فتزوجها في العدة ووطيها او وطي المطلقة ثلاثا وقال ظننت انها تحل لي وطلقها بالفاظ الكناية
فوطيها في العدة فلا شك ان العدتين تداخلان والثاني كان الاول وكانتا من جنسين فالمتوفى عنها زوجها
اذا وطيت بشبهة كما سيجي او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت في عدتها فوطيها الثاني وفرق بينهما
تداخلان عندنا وتكون ما تراه المراة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى
ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطي اذا كان بعد ما رات المراة
حيضة يجب عليها بعد الوطي الثاني ثلاث حيض ايضا والحيضتان تنوب عن الحيض حيضتان
للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطي الثاني خاصة وان لم تكن رات شيئا فليس عليها الا
ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان لان المقصود من
العدة العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تتداخل في العبادات كالصومين في يوم
واحد فان العدة كف عن التزوج كما ان الصوم كف عن اقتضا الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا
في العدة ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة
فتتداخلان قوله ومعنى العبادة في العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله
تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الاية وقال ولا يخرجن الاية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها الحرمة
فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر فيمن حلف لا يشربه وهو صايم فانه حرام له
لصومه ويكون خمرا وبيمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل ولم يجتمع
الامساكان في يوم واحد واستوضح المصنف رحمه الله تبعية العبادة بقوله الا ترى انها تنقضي بدون علمها
مع تركها الكف يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق اداوها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ
الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم
باطلة فكذلك الملزومات سلمنا ان المقصود ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل ولا يجاب التداخل في اقراء عدة واحدة
لحصول المقصود وبقي حينئذ تطويلها واجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطي والآيسة
تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطي لان العدة في ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف
العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف ثابتة صيانة لماء الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم

محترم

الموت صح

محترم في نفسه كالثاني وعن الثاني بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض
في حصول المقصود لان المقصود من الاولى التعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين
الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف
لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان السوال واردا عليه وقوله والمعتدة عن وفاة اذا وطيت بشبهة
تعتد بالشهور ظاهر قال في المبسوط لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية
عدتها من الاول تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للاخر وتحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة
ايضا قال رحمه الله وابتدا العدة في الطلاق عقيب الطلاق ابتدا العدة في الطلاق عقيب الطلاق
وفي الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوب العدة الطلاق والوفاة فيعتبر ابتداوها من وجود
السبب فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها وقال المجهد
اذا فارق الرجل امراته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمراة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه
وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ومشايخنا يرى علماء بخارا وسمرقند رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتدا
من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضا العدة ليصح اقرار المريض
لها بالدين ووصيته لها بشي او يتواضعا على انقضا العدة لان يتزوج اختها او اربعا سواها وقال في الد
اختيار مشايخ بلخ انه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليها جزاء على كتمانه الطلاق ويعني حتى لا يتزوج
باختها او باربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت
بسقوطه والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بحكم الحاكم بالتفريق بينهما او عزم الواطي على ترك
وطيها والعزم امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطيها او ما
يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر من اخر الوطيات لان الوطي هو السبب الموجب
للعدة اذ لو لم يطا لم يجب عليها العدة ولنا ان كل وطي وجد في العقد وتقريره القول بالموجب وهو ان يقال
سلمنا ان الوطي هو السبب الموجب لكن جميع الوطيات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطاة واحدة لاستناد الكل
الى العقد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد واذا كان كذلك لم يثبت اخر وطيه يترتب عليها العدة الا با
او العزم لانه قبل ذلك يجوز ان يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه اخر الوطيات اخرها وتحرير هذه النكتة ان العدة
لا تثبت الا باخر وطيه واخر وطيه لا يوجد الا بالتفريق او العزم فالعدة لا تثبت الا بالتفريق او العزم
اما انها لا تثبت الا باخر وطيه فبالاتفاق بيننا وبين الخصم واما ان اخر وطيه لا توجد الا بالتفريق او العزم
فلما قال مع وجود غيره و قوله ولان التفريق التمكن على وجه الشبهة دليل اخر وتقريره ان حقيقة
الوطي امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطي على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب
مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن من الوطي على وجه الشبهة يقوم مقامه حقيقة الوطي واذا قام
مقامها فمهما كان التمكن باقيا كان الوطي باقيا ولا يعتبر اخر الوطيات لان التمكن باق بعد كل وطية فرضت
فلا بد من المتاركة اذ العزم لم يرتفع التمكن فيتعين اخر الوطيات قلت لا نسلم ان حقيقة
الامر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطي ليست خفية بالنسبة اليهما
قلت قد اشار الى الجواب بقوله ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الواطي
وهو الذي يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطوة واربع سواها ولا خفا في خفايه وهو
كلام المصنف في التقرير ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خطر لي بوعدة وجهد
المقل دموعه و قوله فاذا قالت المعتدة انقضت عدتي ظاهر و قوله فيحلف كالمودع يعني
اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه امين فيما

وها

جز

ج

تفريق

على الامة الا اليمين قال رحمه الله واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا قال في النهاية
هذه من المسائل التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد
وهو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني اولا فعند محمد لا يكون
وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهر ووجه قول محمد ان هذا طلاق
قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة
فان قيل فعلامه يجب عليها اكمال العدة الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب
بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حاله التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا
دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى كما لو اشترى اي منكوحته التي ولدت
منه ثم اعتقها فانه يجب عليها بالاتفاق حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة من
الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة الا
ترى انه لا يجوز ان يزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع
ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حقا للفساد وبما يعتبر ان من الاعتاق ايضا ويلزمها
الاحداد واما الثالث فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد ولهما انها مقبوضة في يده
حقيقة بالوطء الاول حتى بقي اثره اي والحال انه بقي اثره اي اثر الوطء الاول وهو العدة فاذا
جدد النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض الذي كان بالدخول
مناب القبض اي الدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في
النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني
كالطلاق بعد الدخول لكان تعقبه الرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك
فان الواقع بائن اجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول
والمساواة للشيء لا يلزم ان تساويه من جميع الوجوه الا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب
كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري
المغصوب وهو في يده وقوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله
قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقوله فرما ذكره واضح وقوله وجوابه ما قلنا اشارة
الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الخ واذا طلق الذمي الذمية
فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا يقال راغم
فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما
او ذميا او مستامنا ثم اسلم او صار ذميا والاخر على حربه فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المراة هي الخارجة
فلا عدة عليها واما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا للاحسن لا انها ان تزوجت جاز عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كما ان
نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم حتى لا يتعرض لهم لذلك الذمية المطلقة لا عدة
عليها اذا كان معتقدهم ذلك وقد بيناه في كتاب النكاح يعني في باب نكاح اهل الشرك
واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب اخر كالطلاق فوجبت العدة فكذا بسبب
التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله
تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة
زيادة على النص وقوله ولان العدة حيث وجبت دليل معقول وتقريره العدة حيث وجبت كان فيها

حق

حق العبد لانها تجب صيانة للماء المحترم ولهذا لا تجب قبل الدخول لانه في بطنها ولدا ثابت النسب
والحمل الثابت النسب امنع من احتماله الا ترى ان ام الولد اذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها واذا كانت
حائلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فلو نكحها يستلزم الجمع بين الفراشين
ولا كذلك اذا لم يكن ولقائل ان يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل
والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه
وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به
الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطؤها
كالحبلى من الزنا والاول وهو ان لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب ولدها بخلاف الحبلى من الزنا فانه لا
نسب **فصل** لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا
الفصل ما يجب على المعتدة ان تفعله وما لا يجب يقال بت طلاق المراة وابته والمبتوتة المراة واصلها
المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تنتظم على ثلاث وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة
بتطليقة بائنة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهي ترك الزينة والخضاب بعد
وفاة زوجها واصل الحداد المنع يقال احدت احدادا اما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامراة
تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه الاستدلال
بها اشكال لانه مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم احلالا وليس الكلام
فيه وانما هو الايجاب وقال في النهاية يحتمل ان يقال قوله عليه السلام لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال
الاحداد نفي الاحداد نفسه تحقيقا فكان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد المراة
على ميت فوق ثلاثة ايام الا المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشرع اكد من الامر وهذا انسب
ما وجدت من الشروح فان قيل الاحداد هو التاسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى
لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب اجيب
بان المراد بما في الكتاب فرح خاص واسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود
رضي الله عنه واما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهارا
للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تاسف على فوته
ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه ام
سلمة رضي الله عنها ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الاثار
باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا تختضب
ولا تتطيب ولا تلبس ثوبا مصبوغا ولا تخرج من بيوتهن وابراهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في
الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولانه وجب دليل معقول ويجوز ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة
بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة لا لمن يقرر ان النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها
زوجها بالاحلاف ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها
وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق
المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل ان تم هذا في المختلعة و
المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افدت نفسها برضاها تطلب الخلاص منه فكيف تتاسف
فالجواب ان الاحكام انما يعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح مما يوجب التاسف
بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت عن ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكر

ثم

لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول لك النص لم يرد الا في الزوجات
والازواج ليسوا في معناهن لكونهم ادني منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم
ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعايف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله
والحداد ويقال الاحداد تعريف للحداد وكان موضعه اول الكلام وفي الجامع الصغير اي لفظ الجامع لان
لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجه اشارة الي ان العدة هو الضد اوك الا الزينة وقوله والمعني
فيه اي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه
دواعي الرغبة فيها لان المراة اذا كانت متزينة متطيبة يزيد لرغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح
ما دامت في عدة الوفاة او الطلاق فيجتنبها كيلا تصير ذريعة او وسيلة الي الوقوع في المحرم وهو
النكاح وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال روي عن ام سلمة رضي الله عنها
انها قالت جاءت امراة الي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا وقوله والمراد الدوا والمعني
ينبغي ان يكون مرادها بالاستعمال الدوا لا الزينة وقوله لما روينا اشارة الي قوله عليه السلام
الحناطيب قال رحمه الله ولا احداد على كفارة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس
الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في المواضع لكونها
معلومة مما تقدم اما الكافرة وهي الكتابية لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار
الي ذلك قوله عليه السلام لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر اما الصغيرة فلان الخطاب موضوع
عنها وذكر الامة في اثنا هولا استطرادا وهو ظاهر واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل
واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح ليظهر التاسف والاصل هو الاباحة في الزينة لا سيما في النسا قال الله
تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف رحمه الله ان وجوب الحداد
لاظهار التاسف وكون هذه الاشيا دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في ام الولد والمعتدة عن نكاح
فاسد فالثاني موجود فيها لانهما ممنوعتان عن النكاح حال قيام عدتها فكان ينبغي ان يجب الحداد عليهما
للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على
فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة واري ان قوله والاباحة الاصل اشارة الي
الجواب عن هذا السوال ووجهه انه لما فات فيهما احد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية والوجه
الاخر فلم يثبت الحرمة ولا ينبغي ان تخطب المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب
اجله ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء
الي قوله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح
وعلى هذا التفسير كانت الاية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيا يدل به على شي اخر وقد
فسر ابن عباس رضي الله عنهما في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعني قوله اكننتم في انفسكم اي سترتم
في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن
محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي وطيا لانه مما يسر الا ان
تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثنا يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن
مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير
بما ذكره في الكتاب ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة ان تخرج من المنزل الذي كانت فيه وقت
المفارقة الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه او نهارا فيه على نفسها او مالها او اخرجها اهل المنزل
بان كانت تسكن بكرا او كان زوجها غايبا او لا يقدر على الاجرة والمتوفي عنها زوجها تخرج نهارا وبعض

الليل

الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن
من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس
الخروج قاله ابرهيم النخعي وبه اخذ ابو حنيفة فيكون معناها الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال
لا يسب النبي الا كافر ولا يزني احد الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزني وتخرج لاقامة الحد عليهن
قاله ابن مسعود رضي الله عنه وبه اخذ ابو يوسف رحمه الله وقال ابن عباس رضي الله عنهما هي نشوزها
وان تكون بذية اللسان تسد على احماء زوجها وقوله واما المتوفي عنها زوجها واضح وقوله
وقال صلى الله عليه وسلم للتي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك ابن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري
رضي الله عنه لما قتل زوجها جاءت الي رسول الله صلى الله عليه وسلم واستاذنته ان تعتد في بني خدرة
لا في بيت زوجها فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لها اعيدي المسالة فاعادت فقال لها حتي يبلغ الكتاب اجله يعني لا تخرجي حتي تنقضي عدتك وفي هذا
الحديث دليل على حكمين على انها يجب عليها ان تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج ببعض النهار ولقضا حوايجها
جايز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتا وقوله والاولي ان تخرج هو وينتركها الا ان تكون
في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب اولي وقوله وان ضاق عليهم المنزل
فلتخرج يشير الي ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالي الزوج تعيين الموضع الذي ينتقل اليه
بخلاف المتوفي عنها زوجها اذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في امر السكني وقوله واذا
خرجت المراة مع زوجها الي مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها هذه على وجوه لانه لا يخلو اما ان يكون بينها
وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام او ثلاثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الي مصرها سواء كان بينها وبين
مقصدها ما يكون سفرا او الرجوع لا يكون واما اذا كان اماميها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت
كانت مسافرة ما لم تصل الي المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك
عليها وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين المقصد ايضا ثلاثة ايام او اقل فان كان ثلاثة
ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الي مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي او لم يكن لان المكث
في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان وضع المسالة في الخروج الي مكة وغالب طريقها مفاوز
ومعطش فلا بد من الخروج قيل وينبغي ان تختار اقرب الجانبين وهي في هذه المسالة كالتي اسلمت
في دار الحرب لها ان تهاجر بغير محرم لانها خايفة على نفسها ودينها في المغارة كذلك وقال المصنف
الا ان الرجوع اولي ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان اقل مضت الي مقصدها لانها اذا
مضت لا يكون منشية سفرا ولا سايرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشية سفرا
فلهذا مضت الي مقصدها ولم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتمادا على ان يفهم من الشق
الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار واذا كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان
يكون طلقها او مات عنها في مصر استثنا من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان لها
الخيار في ذلك الا اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها ان تخرج حتي تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر
قبل ان تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق فعالا ذي الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة
للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفع المحرم الحرمة عاد مباحا وقوله وهذا عذر اشارة
الي نكتة اخري وهي ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا يجوز لها الانتقال لعذر كانهدام
المنزل وغيره واذي الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الي وجود المقتضي وانتفا المانع

وهو ارتفاع التحريم الحاصل للشعر بوجود المحرم ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة مانع من الخروج من بعد مرا المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح والله اعلم بالصواب

باب ثبوت النسب

لما ذكر انواع المعتدات من ذوات القرا والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم اعتداد اولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها الا اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله اي قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطي والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب لا ترى ان نسب ولد جاءت به امراة الصبي لا يثبت لذلك اجاب بقوله والتصور ثابت بان يحمل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال فذ وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق ولان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وهو الانزال حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل والانزال ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر وهذا اجاب به لستة اشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتغير بطلان هذا الحكم لا موضعا لانه علوق من زوج اخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في الوقت البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج اخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى بعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن ابي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصفه مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله ويثبت نسب ولد للمطلقة الرجعية ظاهر **قوله** ويحتمل العلوق فلا يصير مراجعا بالشك قيل عليه ينبغي ان يصير مراجعا لان الوطي ها هنا حلال فاحيل العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة فيثبت به المراجعة واجيب بان في ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بالوطي وترك الاشهاد بالفعل فاحيل العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ **قوله** فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب ان يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطي قبل الطلاق **وقوله** لان العلوق بعد الطلاق اذ الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنى وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم انه لو لم يكن منه كان من الزنى لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا اخر لا يقال الغرض فيما اذا لم تتزوج لانا نقول الغرض انه لم يطلها في العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير نقله بر هذا التكلف واجيب بانه نعم كذلك الا ان الحكم بابقاء نكاح الاول لعدم الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء حكم اخر فيجب القول به قال في

في النهاية الى هذا اشار فخر الاسلام في مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع لما التزم للسؤال والصواب في الجواب ان المراد بقوله لانتفاء الزنا منها الازمة وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم لتضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا اذا حملنا الولد من نكاح شخص اخر مجهول بقي الولد ضايعا فكانه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا وما في معناه فيه **قال** رحمه الله والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال ان يكون الولد قايما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزاد اكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه لان وطئها حرام **وقوله** الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني انه اذا ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المراة فيه روايتان **وقوله** لانه التزمه اي التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعي بان وطئها بشبهة في العدة والنسب يحتاط في اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيانه لاحتمال ما قبل الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل ان تكون حاملا وقت الطلاق فتكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حائلة بعد انقضاء العدة بثلاثة اشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة لانها اذا اقرت بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا اقرت بانقضاء العدة بثلاثة اشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان الاقرار فصار كانها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فيمضيها يحكم الشرع بالانقضاء اقرت به او لم تقر وهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الاختلاف والاقرار يحتمله فلو اقرت بالانقضاء ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضائها جهة معينة وهي مضي اربعة اشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا ثم هنا يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلاثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سياتي عند قوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وان كانت الصغيرة مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطيا في اخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم يأتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانها اعترفت بامر عدتها فيحكم باقرارها بلوغها فيثبت نسب ولدها الاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي **وقوله** ويثبت نسب المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة امضينا الحكم على الاصل وترك الاصل في الموضعين مختلف الحكم الذي بني عليه ايضا وذلك لان الاصل في الكبيرة الاحبال فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالاشهر لابقاء الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة واما النكاح فلا يعقد الا للاحبال **وقوله** وفيه اي في البلوغ شك والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة

الله

ها

ولدهم

بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لظاهر وقوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله واذا اعترفت المعتدة باطلاقه
حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى يتناول كل معتدة يعني كانت من طلاق رجعي او باين بالاشهر او بالحيض
قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان ان الايسة لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسب
ولدها فلم يتناول كل معتدة الا ان يأول كل معتدة غير الايسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام
وغيره في شروح الجامع الصغير ان الايسة اذا اقرت بانقضاء العدة مفسرا بثلاثة اشهر او مطلقا في مدة
تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا قال رحمه
الله واذا ولدت المعتدة ولدا اذا ولدت المعتدة عن طلاق باين او رجعي ولدا وقد انكره الزوج لم
يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله ما لم يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان يكون
هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة
امراة واحدة لان الفراش وهو تعين المراة لماء الزوج بحيث يثبت منها نسب كل ولد تلده قايم بقيام
العدة وهو اي قيام الفراش ملزم للنسب فلا حاجة الى اثباته وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة
امراة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب
يعني سلمنا ان الفراش يكون قايما بقيام العدة ولكن العدة ها هنا ليست بقايمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل
والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف
ما اذا كان النكاح قايما او الحبل ظاهرا او اعتراف به من الزوج صادرا لان النسب اذ ذاك ثابت قبل
الولادة فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها فان قيل لا يحل نظر الرجل
الى العورة فما وجه الاشتراط شهادة الرجال واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا
بين الشهود وهم يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز اداء الشهادة واذا ولدت
المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها اي اقر به جميع الورثة او جماعة منهم يقطع الحكم
بشهادتهم كرجلين او رجل وامراتين منهم فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر
لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت او لا فقالوا ان
كانوا من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدد وليثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة
وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وقيل لا يشترط لان الثبوت
في حق غيرهم كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة وقوله اذا تزوج الرجل امراة
ظاهر وقوله واللعان انما يجب بالقذف جواب عما يقال اللعان ها هنا انما يجب بنفي الولد
يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى
الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان
قوله ليس مني قذف لها بالزنى معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر
الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف اللعان الى القذف مجردا عنه فان ولدت المراة
ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر
شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا سفاح واعترض بوجهين احدهما ان المراة تسند العلوق
الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني ان الظاهر شاهد له ايضا
لان النكاح حادث والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات واجيب عن
الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكر فيكون
القول قولها وعن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت

على ان

على ان ظاهر حالها تباين بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل
تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي ان لا تحرم فان قيل يجب ان تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه ومن حبلى
صار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود اجيب بان الفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير
شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز الحمل من الزنى والثاني انه اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه
في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل وقوله ولم يذكر
الاستحلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله واذا قال لامراته اذا ولدت فانت طالق
ظاهر وقوله فيما يبتنى عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة
في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة ان دعواها
الحنث الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها الحنث في يمينه والحنث ليس من ضرورات
الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتهن
ضرورية في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا يظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقايل ان
يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها
والشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الرجل بالحبل ثم علق طلاقها
بالولادة فقالت المراة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا الاختلاف
اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها ليست فيه حجة
على ما بينا في المسالة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان الاقرار
عنها اقرار بكونها موتمنة والقول قول الموتمن في دعوى رد الامانة وهذا يرشد الى ان وجود الشرط
انما يستلزم وجود الجزاء بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف
شهادة القابلة في المسالة الاولى فلم يصلح منه جوابا لاعتراض هناك قال رحمه الله واكثر مدة
الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل
اي بقدر ظل مغزل حالة الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع
زوالا من ساير الظلال وفي رواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل اي ولو
بدوران فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة رضي الله عنها قالته
سماعا لان العقل لا يهتدي الى معرفة المقادير وانما قدم بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما بذكره
لكونه مختلفا فيه واقله ستة اشهر وهذا ما روي خرجه ابن عباس رضي الله عنهما ذكره في المبسوط
فقال ان رجلا تزوج امراة فولدت ولدا لستة اشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس
اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله
في عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرا عثمان رضي الله عنه الحد
عنها واثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير الذي ذكرها هنا في تاويل الاية
مخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلاثون شهرا مدة لكل واحد من الحمل
والفصال ثم اظهر النقص في حق الحمل وها هنا جعلها مدة لهما جميعا ثم اصاب منها للفصال عامان
بقوله وفصاله في عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة اشهر واجيب بان استدلاله
هناك انما كان بالنظر الى الاية الاولى وها هنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان يكون للاية
نظرا الى ذاتها معنى حكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم اخر فتامل وقال الشافعي
رحمه الله يتقدر الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة

بنت الوليد بن عقبة بقي في بطن امه اربعين سنة وكذلك هرم بن حيان فسمي هرما لذلك والضحاك بن مزاحم هكذا فسمي ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضي الله عنها والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي الى ما في مقدار مدة ما في الرحم **قوله** ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد الدخول ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول يعني اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا ثبت نسب ولد المعتدة فيثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما وفي الوجه الثاني يعني ما اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر من وقت الشرا ثبت نسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما وفي الوجه الثاني يعني ما اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر من وقت الشرا ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب الاوقات واقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف رحمه الله هذا اذا كان الطلاق بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشرا لان الامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم تحل لا يفضي بالعلوق من اقرب الاوقات بل من ابعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وابعد الازمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف العلوق الى اقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة قال قيل وجب ان تنكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم اجيب بانه وجب ان لا تنكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره والمطلقة الثانية في الامة بمنزلة الثالثة في الحراير والمحرم فوق ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امراة على الولادة فهي ام ولده لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لم يلزمه لاحتمال انه حصل بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا ثمة بقيام الولد في البطن بعد القول فصحت الدعوى **قوله** ومن قال لغلام هو ابني واضح واعترض بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث في الاستحسان ايضا لان هذا النكاح ثبت اقتضا فيثبت بقدر الضرورة وهو صحة النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضا ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل ليلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بان الاسلم ثبوت النكاح بالاقتضا لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضي لا محالة والمقتضي ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح بان يكون عن وطي بشبهة او يكون الولد ولد ام الولد فلم يتعين ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سوال فاسد نشا من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال فيه المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان تكون ام ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطي بشبهة وظاهر والله الموفق

باب الولد من احق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا يحتاج الى بيان واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه

عن جده ان امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه فقالت ان ولدي كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه لزيادة الشفقة بحيث تقصر منها بالمقصر واقدر على الحضانة بلزومها البيت كان للتفويض اليه زيادة مرحمة لمن هو مظنتها واليه اشار ابو بكر الصديق رضي الله عنه روي ان عمر رضي الله عنه خاصم ام عاصم بين يدي ابي بكر رضي الله عنه لينزع العاصم منها فقال له ابو بكر رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قال له والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر احد والنفقة على الاب على ما يجيء **قوله** لا تجبر الام عليه اي على اخذ الولد اذا ابت او لم تطلب لما ذكره ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ لا شفقة لها عليه فان لم يكن له ام بان ماتت او تزوجت باجنبي فانها كالمعدومة حينئذ فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي اليه بام فهي اولى ممن تدلي باب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لان في حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى فان لم يكن له ام الام بالتفسير المار فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة ولهذا اي لكون الجدة من الامهات وهذه الولاية تحوز ميراث الامهات من السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل الولادة فان لم يكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا لقرب القرابة والاخت اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد قال في كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلي بالام وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته **وقوله** وتقدم الاخت لاب وام ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق الا ترى ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها اصلا بخلاف قرابة الاب في استحقاق الحضانة فانها كقرابة الام عند **قال** رحمه الله وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها لعل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا قليلا وينظر اليه شزرا اي نظر المبغض ولا نظر له اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة بام الولد نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج تعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم دينا وورعا اولى به لان حقه اسبق ثبوتا فعند التعارض ترجح به كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود المحرم غير عصبة كالخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد رحمه الله وذكر الامام التمرتاشي فان لم يكن للجدة من العصبة يدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق لذكور من قبل النساء والذين يتقاضى يدفع الى الثقة تجعله **وقوله** والام والجدة احق بالغلام واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر المعنى

واحد وبه ظاهر و **قوله** اعتبارا للغالب يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة
والتربية فحينئذ يستنجي وحده و **قوله** تحتاج الى معرفة اداب النسا كالغزل والطبخ وغسل الثياب
ونحوها والمراة على ذلك اقدر من الرجال وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين بالتزويج وولاية
التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة والاب فيها اقوى واهدى لان بالرجال
من الغيرة ما ليس بالنسا فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا يتمكن الام من ذلك وروى هشام عن
محمد انها اذا بلغت الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احدى عشر
سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابو الليث حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل
اذا بلغت ست سنين او سبع او ثمان ان كانت عبلة و **قوله** ومن سوى الام والجدة يعني
اذا كانت الصغيرة عند الاخوات او الخالات او العمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حدا
تشتهى على رواية القدوري حتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتاكل وحدها وتلبس
وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم ادب النسا لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير
الام والجدتين ولاية الاستخدام ولهذا لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم
بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت
كالحرة في حق الولد لانهما حرتان وان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة
بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم بان زوجها مسلم ما لم يعقل الاديان
او يخاف بالرفع على الاستيناف وبالجزم عطفا على يعقل ان يالف الكفر لان الدفع اليها قبل ذلك نظر
للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش احوال الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام والجارية
يعني بين الابوين وقال الشافعي لهما ذلك اذا بلغ سن التمييز ويسلم الى من اختاره فان اختار الاب
لا يمنع من الزيادة وان اختار الام فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة لان النبي صلى الله
عليه وسلم خير غلاما بين الابوين وروى رافع بن سنان رضي الله عنه انه اسلم وابت امراته
ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى
الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت
الصبية الى امها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها ولنا انه لقصور
عقله يختار من عنده الدعة اي الخفض والراحة وكلامه واضح **قوله** وتحمل على ما اذا كان بالغا
فيه نظر لان المذكور في القصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان
بالغا والجواب ان المصنف قال خير ولم يقل خير غلام ولا عبرة لتناول ما روينا وما روي انه صلى
الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فاول المصنف بقوله قلنا
قد قال عليه السلام الى اخره والثاني بقوله او يحمل على ما اذا كان بالغا والله اعلم بالصواب

فصل

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يتعلق به من الاخراج الى القرى وغيره في فصل على حدة
واذا ارادت المطلقة بعد انقضا العدة ان تخرج من المصر فذلك على اربعة اقسام اما ان تخرج الى وطنها
وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الى غير وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى وطنها ولم يقع
العقد واما ان تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان الحكم لا يخرج جميعا
بان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز و الا فلا كما ذكره في الكتاب و **قوله** لانه التزم المقام
فيه عرفا وشرعا دليل المستثنى و **قوله** ولهذا يصير الحربي اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثى

ماليس حم

به

به اي بالتزوج في بلده ذميا قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر في السير وذكر ايضا
في سائر الكتب اذا تزوج المستامن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع واجيب
بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه لو اريد ذلك لقال لانه بالتزوج في بلد يصير
الحربي ذميا ويلزم منه فساد المحظور وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له
اتصال بمحل البحث ولا يليق ذلك بمثل المصنف غير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز ان يقال لا
حاجة الى تغيير اللفظ لجواز ان يكون الحربي صفة للشخص كما قدرنا في اول البحث وحينئذ يراد به الحربية
ولكن ذكره بتاويل الشخص وهذا يخرج عن كونه غلطا الى كونه ملتبسا ومنهم من جعل من باب القياس
والاستحسان فجعل ما ذكره هنا وجه الاستحسان القياس لان التزوج في بلده يصلح دليلا على التزام
المقام فيه شرعا وعرفا لا سيما اذا كانت المراة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكر في السير
وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام المقام كتزوج الحربية الذمي الا انه لم
الجزية الموجب للذل والصغار ما لم يرد بانه هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح
بنا الجواب على ذلك واجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز لانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه
الى المنع من اطلاق الاسم عليهما اذا قولـه اذ ثبت في الحربي تتزوج في بلد المسلمين ان يصير به ذميا
روايتان فيصح استخراج وجه وجه القياس والاستحسان والاولى و **قوله** في الكتاب يريد به
القدوري ووجه كل ما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح في عكس هذه
المسئلة وهو ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات
واما القسم الاخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اختصر عن ذكره لظهوره من الاقسام
الباقية و[illegible] والحاصل ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لا بد من
وصف اخر وهو شرط فيه ايضا وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه
نظر لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام يصير ذمية فانى يتسنى لها الانتقال اليها والجواب ان المراد به
مسلم عقد على مسلمة وطنها دار الحرب ثم خرج اليها وقعت الفرقة بينهما وارادت الرجوع الى دار الحرب
بولدها لم يكن من ذلك وان وجد الامران جميعا اذ الباقي ظاهر والله الموفق **قال** رحمه الله
لما فرغ من بيان حضانة الولد ومن له الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد
بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشي
بما به يقوم بقاوه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح
الباب بنفقة الزوجات لان الزوجات اصل النسب فيقدم عليه والنسب اقوى من الملك لانه
النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزا منه وكذا على الوالدين **قال** رحمه الله النفقة
واجبة للزوجة النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله
قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر
الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج لان الزوج لو لم
يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة
حق المراة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان
حقها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قولـه تعالى لينفق ذو سعة من سعته امر
بالانفاق والامر للوجوب وقولـه تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفونه انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للو

م

جوب

وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان لا تملكون منهن شيئا اخذتموهن بامانة
الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن ان لا يوطين فرشكم احدا وان لا ياذن لاحد في بيوتكم احد
تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف
ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي
والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه محبوس بمقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست
عليه بل على الراهن واجيب بان الراهن محبوس لحق الراهن ايضا وهو كونه موفيا عند الهلاك
فلهذا لم تجب النفقة على المرتهن وهذه الدلائل يعني التي ذكرها من الكتاب والسنة لا فصل فيها
فيستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما هذا لفظ القدوري قال المصنف وهذا
اي اعتبار حالهما في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره اي تفسير قول الخصاف
وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين او معسرين او الزوج موسرا والزوجة
معسرة او بالعكس من ذلك ففي الاول يجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث
نفقة دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوا او الحمل المشوي والباجات
والمراة كانت تاكل في بيتها خبز الشعير لا يؤاخذ الزوج بان يطعمها ما ياكله بنفسه ولا ما كانت المراة
تاكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة او باجتين ولم يذكر المصنف القسم
الرابع لانه يعلم من القسم الثالث قال الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال
له تكلف ان تطعمها خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر ولم يزد عليها فهم من القسم الثالث
من توسيط الحال وقال في ظاهر الرواية يقول لها زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسر
فلا يستوجب على الزوج الا بحال الموقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي وهو ظاهر الرواية
عن اصحابنا والدليل عليه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه
الله اعتبر حال الرجل في الحالين جميعا وامر بالانفاق فلا مصير الى غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في
اعتبار حالهما قوله صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان روى البخاري باسناده الى عايشة رضي
الله عنها ان هند بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي
الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر
حالها ولقايل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يعتبر
يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها واما
اعتبار حاله فالاية تدل عليه والخصم يقول به فان الاية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها
فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على سبيل التعارض
والحديث لا يعارض الاية لكونه من الاحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الايتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول
الخصاف وهو اي اعتبار حالهما هو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية
الموسرات فلا معنى للزيادة يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج واجاب عن قوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته بقوله ونحن نقول بموجب النص بانه مخاطب ان ينفق بقدر وسعه لكن لا تلزم
التكاليف بما ليس في الوسع لكن زاد كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين
كما مر فلا بد به مع العجز وقوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط الى ما قدمنا ان يفسر قوله
وكسوتهن بالمعروف بالوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له اعتبر

الرجل وقال له بالمعروف اشارة الى انه يزاد على ما في وسعه انه كان شرط لها تعتنقه وجه كونه جوابا
انه اذا كان معتبرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المراة وهو الواجب في قوله
وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير
كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسع مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب
كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانها مما تختلف فيها احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب
الاوقات والاماكن ففي التقدير يكون اضرارا **قال** رحمه الله وان امتنعت من تسليم نفسها ان
امتنعت المراة عن تسليم نفسها قبل الدخول وبعده على قول ابي حنيفة رحمه الله فاما ان يكون لا
بحق مثل ان تطالب المهر المعجل او لا فان كان الاول فلها النفقة لان لكل واحد من المهر والنفقة
حقا من حقوقها فمطالبة احدهما لا يسقط الاخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة
من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهي كذلك وانما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت
ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا او كرها فلا تبطل النفقة
فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته
واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس
فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها
فما وجه حرمانها فالجواب انا لا نسلم انها لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له وذلك
قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا يتصور **قوله** بخلاف ما اذا امتنعت
متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها **قوله** وان كانت صغيرة لا يستمتع اي لا توطا فلا نفقة
لها سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع لان امتناع الاستمتاع
انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو
الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير
مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فايت ولهن النفقة
واجيب بان الدواعي غير فايتة بان يجامعهن تفخيذا وغيره بخلاف الصغيرة
مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة
لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة
والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل
تحت العقد والتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا تكون
النفقة عوضا ايضا لئلا يجتمع عوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة **وقوله** وان كان
الزوج صغيرا ايما ان ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا صغيرين
لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغر وجبت كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب
كما لو كانت صغيرة والزوج كبير قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها والكثير
ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قايم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق
النفقة وفيه نظر لان الدليل يبطل القلب **وقوله** واذا حبست ظاهر **وقوله** على الاول
يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما نحن فيه **وقوله** لان فوت
الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا
كان الفوات لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب

متاع

س

النفقة و قوله وكذا اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج لا تجب النفقة لان فوتنا الاحتباس منها وعن ابي
يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه واضح و قوله لما قلنا اشارة الى قوله
لانها هي المستحقة عليه و قوله فان مرضت في منزل الزوج على ما ذكره في الكتاب ظاهر وهو الموعود
بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين و قوله و في لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه
وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج ثم مرضت فيه
قال رحمه الله ويفرض على الزوج النفقة لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا
اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم مرود لزوجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة
على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة او لم يكن مملوكا لها لا تستحق وهو ظاهر الرواية لانها استحقاقها
نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا يستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق
كفاية الخادم في بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها يستحق و قوله ولا يفرض
لاكثر من خادم واحد ظاهر و قوله وقالوا يعني المشايخ ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم واليسار ها هنا
مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة و قوله وهو ادنى الكفاية يعني يعتبر نفقة
الخادم عن نفقتها لكن في حق الادام دون الخبز واعلى الادام اللحم واوسطه الزيت وادناه الملح واللبن و قوله
خلافا لما قاله محمد رحمه الله يعني ما قاله محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته لانه
اذا كان لها خادم فهذه المراة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا و قوله لان الواجب
على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح و قوله ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه اي
اشتري الطعام نسيئة على ان يقضي الثمن من مال الزوج وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز عن الامساك
بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فان ابى ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة
الى النفقة اقوى من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق
ولنا ان حقه بالتفريق يبطل اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتاخر لان النفقة تصير دينا
بفرض القاضي فيستوفي في الزمان الثاني والاول اقوى فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى و قوله
وفوت المال وهو تابع جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل
وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون على المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المراة بسبب
الجب والعنة انما يكون عن المقصود وجوازه به عن التابع فان قيل لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة
بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه اجاب بان فائدة الامر بالاستدانة
مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج يعني من غير رضى الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر
القاضي فكانت المطالبة عليها دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج
واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشايخ
سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصل مجتهد فيه ما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب
وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون
هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا
القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر
فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما
لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه وان لم يكن لانه مما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل
حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان لها المطالبة هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على

الموسر

الموسر لان ما لا يكون لازما فللدوام حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز ولا بد من التعيين وكذا الحكم
عكس هذه المسالة و قوله واذا مضت ظاهر و قوله على ما مر من قبل يريد قوله ان المهر عوض عن
الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي
ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام
عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب
بانها صلة من وجه وما هذا شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب الا بالقضاء
كالهبة لا يوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح في هذا بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى
من ولاية القاضي و قوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض وان مات الزوج بعد ما قضى عليه
بالنفقة وما كان امرها عليه بالاستدانة عليه ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت
الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تسقط بالموت قبل القبض وانما قيده
بقوله وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم يسقط بموت احدهما لان القاضي لما امرها بذلك كان
استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا استدان
بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء
مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد اجيب بمعنى الصلة فيها بعد القضاء باق
كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان تجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء
بالموت قال في الايضاح انها وان صارت دينا عليه ولكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت
قبل القبض و قوله وقال الشافعي ظاهر و قوله وجوابه قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قوله
ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع قوله
رحمه الله وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع
عليها ولا على تركتها بشيء في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد تحتسب لها نفقة ما مضى
وما بقي للزوج ان كان قائما او قيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي رحمه الله ووجه كل من الجانبين
ما ذكره في الكتاب وهو واضح و قوله لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة
في الحال لا يسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر و قوله واذا تزوج العبد حرة
ظاهر قال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا وليس في شيء من ديون
العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان فذلك في
حكم دين حادث ولا كذلك في سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة لا يؤخذ المولى بشيء لفوات
محل الاستيفاء وكذا اذا قتل و قوله في الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانها تكون في قيمته قال الشيخ ابو
الحسن القدوري رحمه الله الصحيح انه تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة
انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط لانها صلة والصلات بالموت لا في دين يسقط ولم يذكر المدبر والمكا[تب]
اذا تزوجا باذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب وان تزوج الحر الامة فبواها ظاهر و قوله فلا نفقة
لها لعدم الاحتباس قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل استيفاء حقها فينبغي
ان لا يسقط واجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لاستيفاء حقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج
حين امتنع من ايفاء ما لزمه فاما ها هنا فالتفويت ليس من قبل الزوج و قوله والتبوئة
غير لازمة جواب سؤال تقريره لما بواها مرة يجب عليه ان يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام
وتقرير الجواب التبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بواها

ثم بدا له ان يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوية كما لم يزل بالنكاح وقوله ولو
خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها ظاهر وام الولد في هذا اي في عدم وجوب النفقة
والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج الى التبوية
لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها لصيرورتها اخص بنفسها وعنافعها بعقد الكتابة
ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة **فصل** لما فرغ من بيان النفقة
شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار
ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة حيث
قال اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث
سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم واذا وجب السكنى حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها
تتضرر به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح وقوله
وهو الصحيح احترز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر
واذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة
فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه وان لم يعترف به الرجل
ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بان لها حق الاخذ لان
لها ان تاخذ من زوجها حقها من غير رضاه لحديث هند امراة ابي سفيان واقرار صاحب اليد
مقبول في نفسه لاسيما هاهنا فان اقراره هاهنا اشد قبولا من اقرار صاحب اليد في غير هذا
الموضع لتعين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر احد الامرين من
الزوجية والوديعة لا تقبل بينة المراة فيه اي في احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات
الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمراة ليست بخصم في اثبات
حقوق الغايب واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغايب لكونه لما اقر به
ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا احضر صاحب الدين غريما للغايب
او مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغايب فان القاضي لا يامر بقضاء دينه
من الوديعة والدين واجيب بان امر القاضي في حق الغايب انما هو النظر له وفي الامر
بالانفاق على المراة ذلك ابقا لملكه وليس في قضا الدين نظر لان فيه قضا عليه بقول الغير بازالة
ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يامر المودع بالانفاق وعليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه
الذي لا يحتمله اولى وكذا اذا كان المال في يد مضاربه لانه امانة من وجه وكذلك اذا كان
دينا وقوله وهذا اي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها
في النفقة دراهم او دنانير او طعاما او كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال من
خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغايب بالانفاق اما
عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر
العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغايب بل بطريق الاولى واما عندهما ان كان يقضي على
الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع ولا يقضي على الغايب لعدم ذلك قوله
رحمه الله وياخذ منها كفيلا نظرا للغايب من بيده المال اذا اعترف به وبالزوجية يحلف
القاضي فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز
ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفا نفقتها فاذا تفرد لك كان الزوج مخيرا في اخذ ايهما شا

ما صح

من المراة او الكفيل وكلامه واضح ولا يقضي بنفقة في مال غايب الا لهولا يعني زوجة الغايب وولده
الصغار ووالديه واما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي
بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب وقوله لانه مجتهد فيه قيل لان الشافعي لا يرى
النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سياتي وقوله ولو لم يعلم القاضي بذلك
متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي ذلك وقوله ولم يكن يعني الرجل مقرا به متصل بقوله
يعترف به وبالزوجية وقوله كاقامة البينة على الزوجية يعني في الصورتين
اذا كان ثمه وديعة ولكن ينكر الزوجية او اقامتها يفرض القاضي نفقتها فيما اذا لم يخلف مالا
ولم يعلم القاضي بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله في هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها
فلم يذكرها من تلك الاقاويل ما ذكر وامن فقولهم اذا جحد المديون او المودع اقاويل مرجو
عنها فلم يذكرها من تلك الاقاويل فقد كان ابو حنيفة رحمه الله يقول او لا يقبل بينتها
على الزوجية ثم رجع فقال لا يقبل بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغايب مال حاضر فطلبت
المراة من القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغايب ويامرها بالاستدانة
لم يجبها الى شي من ذلك لان هذا قضا على الغايب وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما واما
قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى ذلك وهو المذكور في الكتاب وان كان للغايب
دين ووديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يامر اولا
بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا ونظر الغايب في البداءة بالوديعة لانها تحتمل
الهلاك بخلاف الدين **فصل** لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح
بينهما بعد المفارقة واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا
وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج ثلاثا او طلقها بعوض
وان كانت واحدة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قايم لاسيما عندنا فانه
يحل له الوطي كما تقدم واما البائن فوجهه ما روي عن فاطمة بنت قيس الى اخره رواه مسلم
وابو داود والترمذي والنساى وابن ماجه رحمهم الله وقوله لانا عرفناه اي وجوب نفقة
الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في
المطلقات اخر الاية وقوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير
مغياه بوضع الحمل وقوله وصار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه بان الحامل لو كانت كالحائل
في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فايدة واجيب بان الفايدة
رفع الاشتباه وبيانه ان الحامل تستحق النفقة ثلاثة قروء وكان يشتبه بان الحامل ايضا
تستحق ذلك المقدار او زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن
حملهن وقوله لا ندع كتاب ربنا يريد به قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من
وجدكم ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به اما الايواء
فانه قد يملك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه فكان تقدير
والله اعلم ما تلاه ابن مسعود رضي الله عنه وانفقوا عليهن من وجدكم وقوله سنة
نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله [عليه وسلم] يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وقوله ردها ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد
هو زوج فاطمة الراوية فان اسامة كان اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها

جب

ع

مل

سكان يره

بجل شي في يده وقالت عائشة رضي الله عنها تلك المراة فتنت العالم اي في روايتها هذا الحديث

و**قوله** ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فاسقط ذلك بمعصية من قبلها واما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت العدة واما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة والفرق ما ذكر في الكتاب وهو واضح قال في النهاية وهو الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلاث واما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا وطئها ابن الزوج او قبلها بشهوة وهي مطاوعة او ارتدت فحبست او لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي لا يثبت به الفرقة فكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق والله اعلم

فصل لما فرغ من بيان نفقة الزوجة شرع في بيان نفقة الاولاد نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وجه الظاهر قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وبيان ان وجوب نفقتهن عليه بسبب الوالدات وجب عليه رزق الولد الحكم يترتب على مشتق وترتيبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج وهو الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز ان يقال الاستدلال بالاية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة بهما واذا انتفى الاشتراك فاما ان يثبت على الاب او على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا فليس على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما تجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستاجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن فلا يحتاج الجواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب او الوجوب اذا لم يوجد من ترضعه او لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله اما اذا كان لا يوجد من ترضعه او لا يقبل الصغير على ثدي غيرها تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع او هو محمول على الوجوب عليها ديانة حتى لا يجوز استئجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او عدته على ما ذكر في الكتاب واسند له به فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن في المطلقات واوجب ايتاء اجورهن عند الارضاع فلو كان قوله

برضعن

برضعن على اطلاقه لوجب الاطلاق رضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال عمل احدى الايتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانتا في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح و**قوله** ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه باسلام الابن بنفسه والاب كافر او على العكس بان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينها اما الولد فلاطلاق ما تلونا يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الاية ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يعني وجوب النفقة بازاء الاحتباس الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لا يجوز ان يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما بناؤه على الولاية والكفر ينافيها و**قوله** لو استدل على نفقة الزوجة ايضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الاية كان اسهل تناولا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما توهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعل ههنا العقد الصحيح وجعله في قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه و**قوله** في جميع ما ذكرناه اي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما يجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة او من غير جنسها او دورا او عقارا او ثيابا قال في الذخيرة اذا كان للصغير عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في نفقة الانسان ان يكون في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا واعترض بان نفقة المراة امر ضروري فيعتبر وغير ذلك لان نفقة المراة في مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس دائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى والله اعلم

فصل لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد ويجب على الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في الدين اما الابوان فلقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا فانه قيل نزلت في ابن ابي وقاص حين اسلم وقالت له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان احبها اليه فابى سعد وصبرت هي ثلاثة ايام لم تاكل ولم تشرب ولم تستظل بظل حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكى له ذلك اليه فنزلت هذه الاية وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله ويتركه من كان سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع وقد قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم وشكى حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح و**قوله** لما تلونا اراد به قوله وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه او لا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان للاب كسوب والابن ايضا كسوب يجبر الابن على الكسب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم بناء على استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب على الاب وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة او غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز

الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لو قعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة

وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر وقوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا قال الله تعالى لا انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين واجيب بان العمل باطلاقه يفضي الى التعارض المفضي الى الترك الممتنع فحمل ذلك على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب وقوله ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين منضما الفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول فخلا قوله ولان ملك اليمين اعلى في القطعية من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك وملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون اعلى ولان الانفاق صلة احيا حقيقة وصلة العتق صلة احيا حكما ولا شك في ان الاحيا الحقيقي اعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مندفعة الدفع من غيره بان يسال الناس او يبره احد من غير سوال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر اصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تندفع الا من جانبه واما كون الاحيا الحقيقي اعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعد من تعين تحققه من جانبه لما قلنا قال رحمه الله ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لا يشارك الولد في نفقة احد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك فكانا غنيين بماله والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل التاويل يثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فتجوز به الزيادة سلمنا انه من الاحاد ولكن ترك اطلاق وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدليل الدال على تقييدها بغير قرابة الولاد المستنده الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الاية كما تقدم فان قلت لا منافاة بين الايتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن تقتضي ان يشاركه الجد الابن كما ان قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشاركه الجد الابن وقوله ولانه اقرب الناس اليهما اي الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى لاستحقاق له نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب فهو اولى بالاستحقاق له وعليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان النفقة بين الذكور والانثى اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التاويل ومثل الملك لهما في مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما حق الاستحقاق مع اختلاف الدين والعدم التوارث فقوله وهو الصحيح احتراز عن رواية الحسن وقوله والنفقة لكل ذي رحم محرم مبتدا وخبره محذوف اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحها على التابيد

ولجبه اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل

ذلك فان ذلك للاشارة الى البعيد فتكون الاشارة الى اول الاية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا اشكال في ان قراءته رضي الله عنه كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك الصفات المذكورة وهي الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل الابوين لم يعد اعسارهما بتقدير عجزهما عن الكسب اجاب بقوله بخلاف الابوين الى اخره وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقد قدمناه وقوله يجب ذلك يعني النفقة على قدر الميراث ويجبر عليه اي الانفاق اما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لان ترتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغيرا او كبيرا زمن وللرجل ثلاث اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على اخيه لاب وام وعلى اخيه لام اسداسا بحسب ميراثهما فاما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وام خاصة لان ميراث الولد له عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وام فلا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما ويكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كانت نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة اما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلانه الوارث ههنا الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب وام يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة الى ان نجعل البنت كالمعدوم ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد من ان نجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وام والاخ لام اسداسا فالنفقة عليهما ايضا كذلك ونعني بقوله الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذي الرحم الذي لم يرث لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي ياخذ الميراث لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب ان تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه قال رحمه الله وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن كلامه ظاهر وقوله وجه الفرق بينهما يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت كلها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجبت اثلاثا ثلثاه على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما اثلاثا فكذلك نفقته وقوله اخماسا على قدر الميراث يعني ثلاثة الاخماس من الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل وقوله غير ان المعتبر استثناء من قوله وفي غير الوالدين يعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان لا يكون محروما وقوله كلا لف ونشر حيث قال لان المعتبر اهلية الميراث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحوز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم محرم

دونه ابن العم وهذا راجع الى قوله لا لحوازه وقوله لا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع الى قوله لان
المعتبر اهلية الارث قوله ولا بد من اعتباره اي اعتبار الارث بان يكون اهلا لا محرزا ولهذا قلنا لا يجب
على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا عكسه وقوله ولا يجب على الفقير ظاهر وقوله بما يفضل
على نفسه وعياله شهرا قيل هذا في الذي كانت نفقته مشاهرة لانه او بما يفضل على ذلك من كسبه الدايم اذا كان
محترفا لا يستغني من كسبه يرجع وقوله والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدر بالنصاب لكن اختلفوا
نصاب حرمان الصدقة وهو ما ياذريم اذا كان فاضلا عن حوايجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة
اشبه بصدقة الفطر لكونه مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مونة من كل وجه فلما لم يشترط
لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط هاهنا وهي مونة من كل وجه اولى ونقل
في خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف يشترط نصاب الزكاة ثم قال في الخلاصة
هكذا قال الصدر الشهيد رحمه الله في الفتاوى الصغرى انه ان فضل منه درهم لا يجب واذا كان للابن
الغايب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقوله وقد بينا الوجه فيه يريد به ما تقدم من قوله ولا يقضي
بنفقة في مال غايب الا لهولاء الى قوله ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضا القاضي اعانة لهم وقوله
واذا باع ابوه متاعه ظاهر وقوله وكذا لا تملكه الام في النفقة مخالف لما ذكر في الاقضية وما ذكره
القدوري من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري يملكه
الام البيع كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وكذا في استحقاق النفقة على السوا واما ان يكون ما في الاقضية
والقدوري بناء لان الاب هو الذي يبيع لكن لنفقتهما اضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما
وهو الظاهر وقوله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغايب اعترض عليه بان له ذلك لكن الغرض انه
يبيعه لنفقته وانما صح بيعهما ان لو كان قصده البيع للحفظ واجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ
حقيقة فقصده الانفاق لا يغير تلك الحقيقة اذ لا تاثير للعزيمة في تغيير الحقيقة لا يقال ما خرجه
الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يخرج فلا تعارض وقوله على
ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان لهم ان ياخذوا ايضا القاضي اعانة لهم وقوله لانه ملكه بالضمان يعني ان
الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا بالنفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى
القاضي يعني انها لا تسقط بمضي المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا
تسقط بحصول الاستغنا فيما مضى وقوله الا ان ياذن القاضي بالاستدانة عليه استثنا من قوله
فمضت مدة سقطت ومعناه اذا اذن القاضي بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم ايضا كنفقة الزوجة
والنفقة مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة كامر الغايب بها ولو امر الغايب
بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط بمضي المدة فكذا اذا اذن القاضي بذلك واذا تذكرت ان نفقة
الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض
للزوجة في الشهر ما يه فمضت المدة وفي يدها منه شي لم يحتسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة
الاقارب يحتسب به اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فتخرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تفرغ
المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم قال رحمه الله جمع في هذا الفصل
بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات واخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب اصحابنا رحمهم
الله ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ما ملكه سوى الرقيق ولما في الدواب ففي قضاية وبين
الله تعالى لا نفاق عليها وفي غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى به ايضا الا انه اذا كان فيه

تضييع

تضييع المال كان له ترك الانفاق ويكره وهذا كلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان المولى اذا
امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر
على الطلاق بان في الاجبار على البيع ازالة ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك
في النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال واما في النكاح ففي
الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المراة في الحال الى خلف لصيرورة
نفقتها بقضا القاضي دينا على الزوج فكان تاخيرا وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة
الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج اشد فكان
بالدفع اولى وعن ابي يوسف انه يجبر وهو قول الشافعي قياسا على الرقيق والاصح ما قلنا يعني من عدم
الجبر لان اجبار القاضي انما يكون للمولى على مملوكه نوع قضا والقضا لا بد له من مقضي له وهو من اهل
الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة الا ترى انه بالكتابة يستحق حقوقا
على المولى وان كان له مملوكا واما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يجبر لان لا يكون مقضيا له فانعدم شرط القضا فينعدم القضا

كتاب العتق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبة له فانه اسقاط يبنى على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق
وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل اما انشاء دافع الملك او تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق
ومن محاسنه انه احياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية
من قبول الشهادة والولاية ونحوها ثم هو في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره وفي
الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للولاية والشهادة والقضا واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها
دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر كما اذا اشترى الحربي في دارنا
عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد
ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا ملكه اليمين وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح
وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منهما
اما بعوض او بغيره وكلامه ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله شرط الحرية لان العتق يعني الاعتاق لا يكون
فالمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا ترى انه لو ورث اخاه عتق عليه فدل
على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من اهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك ايضا قوله لان المجنون
ليس باهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا
قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما اسنده الى حالة منافية للاعتاق كان انكارا فالقول قول
المنكر وقوله لانه ليس باهل للقول ملزوم يعني لان الصبا يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل
لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا ترى ان صبيا لو اقر بالرق ولزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل
لا تسمع دعواه اجيب بان الملزم ثمه هو صاحب اليد واقراره مؤكد وقوله واذا قال لعبده
او امته انت حر قال في المبسوط الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح
لفظ العتق والحرية والولاء وتستوي في هذه الالفاظ صيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة
الخبر فان يقول قد اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فانه يقول انت حر وانت عتيق واما
المنادي فان يقول يا حر يا عتيق وكذا لو قال لعبده هذا مولاي او يا مولاي وقوله وسنقرره من
بعد اراد به قوله في مسئلة يا ابني على ما سيجي وقوله الا اذا سماه حرا استثنا من قوله
ولو قال له يا حر وقوله وكذا عكسه يعني بان ناداه بقوله يا حر وكان اسمه ازاد وقوله

تعين لاخبار عن الوصف قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حرا علما له كان قوله يا حر انشا الحرية لا اخبارا عن الوصف
واجيب بانه اذا لم يكن علما كان المنادي في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة
خبر عن الموصوف وكان النداء اخبارا بان المنادي موصوف بهذه الصفة و قوله وسيأتيك الاختلاف
فيه يريد الاختلاف في تجزي الاعتاق على ما نذكره و قوله وقد بيناه يعني في الطلاق و قوله
وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة قوله خليت سبيلك لمناسبة
الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانها لا تعتق فانه صار صريحا في النكاح فلا يثبت به العتق
على ما يأتي بيانه و قوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة
الثابتة من حيث اليد والاستيلا فنفيه نفي لليد فكانه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق
لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان المضاف الى العبد
كما يصح الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى
العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك ولازما له فان كان الاول
فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية
ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك عنه لان الملك يزول بالبيع قبل
التسليم واليد باق الى ان يسلم و قوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل
الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق قال رحمه الله ولو قال هذا ابني ومثله يولد
الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني وثبت على ذلك ثبت النسب يعتق عليه
ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري لابي الفضل حتى
لو ادعى ذلك صدق وفضل الثبات شرط النسب لكون لا رجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط
اتفاقي و قوله لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف
فيثبت نسبه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف
تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة وسيجي بيان تجوز المجاز
ولو قال هذا مولاي ظاهر وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو
مستعمل في ثلاثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير اما محبة بمعنى الناصر كما في قوله تعالى ذلك بان الله
مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم واما بمعنى ابن العم كما في قوله تعالى واني خفت الموالي من
وراي و قوله والثالث نوع مجاز يعني الموالاة في الدين لان المولى مشتق من الولي هو القرب
ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر
القرب من حيث الدين ولهذا جاز تعيينه كذا في بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير و قوله
فالتحق بالصريح يعني بدلالة الحال في الحر وكونه عبدا و قوله واما الثاني يعني به قوله
يا مولاي و قوله بخلاف ما ذكر يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق
معناه ان معنى قوله يا مولاي يا من عليه ولاء العتاقة حيث تعين لا اسفل مرادا فثبت بهذا
القول ما يختص بالعتق وهو الولا وهو يقتضي سابقة العتق بخلاف قوله يا سيدي
يا مالكي فان معناه يا من له السيادة والملك عليه لم يثبت به شي يختص بالعتق فيحمل على المجاز
وهو الاكرام والتلطف و قوله ولو قال يا بني او يا اخي لم يعتق فرق بينهما وبين قوله
يا حر في وقوع العتق به دونهما بان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق
ذلك الوصف في المنادي لاستحضاره بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر فانه قادر على اثبات

صفة

صفة الحرية فيه من جهته في الحال على ما بينا يعني في قوله يعني لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار
المنادي الى الحرة واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف
فيه لتعذره والنبوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق من ما غيره لا يكون ابنا له
بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه
يعتق فيهما اي قوله يا بني يا اخي والحاصل ان العتق يقع بالنداء بثلاثة الفاظ في ظاهر الرواية
يا حر يا عتيق يا مولاي وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني يا اخي
والاعتماد على الظاهر و قوله ولو قال يا ابن ظاهر قال رحمه الله وان قال لغلام لا يولد
مثله لمثله اذا قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني عتق عند ابي حنيفة اولا وهو قول ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول ابي حنيفة اولا وهو قول الشافعي رحمهم الله واصل في هذه المسئلة
ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة على ما عرف في الاصول فعقد
قررناه في التقرير وفيما لا الحكم ها هنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه
متصورة لامكان ان يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال لا عتقتك
قبل ان تخلق او تخلق وقال تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان
نكاحا صحيحا والحرة ليست لمحل البيع بل الشرط صحة التكلم و قوله هذا ابني كلام صحيح في محله من
مبتدا وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكته لان النبوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا
من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كانه قال هذا حر من حين ملكته وذلك
يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه بخلاف ما استشهد به على انا المنقول لانه لا
وجه للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان اخلق ملزوما لقوله انت حر من حين ملكتك لان الاول
يقتضي عدم وجود الملك عليه والثاني يقتضي وجوده والشي لا يكون ملزوما لما ينافيه
والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال و قوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره
قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين جواب عما يقال لو قال صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة
للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطا سبب
لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك علي خمسة الاف درهم واللازم
باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه ان القطع خطا ليس بسبب لمال مطلق بل لمال مخالف للمال
المطلق في الوصف وهو الارش فانه وجب على العاقلة في سنتين بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك
المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو سبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته
ليس بسبب وحاصله ان هذه الصورة ليس مما نعذر فيه الحقيقة والمجاز فلغوا اما الحقيقة
فظاهره واما المجاز فلان قطع اليد خطا ملزوم للارش الذي هو ملزوم القطع واللازم وهو
القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك و قوله واما الحرية لا تختلف معناه الحرية
التي جعلنا قوله هذا ابني ومني الحرية من حين ملكته مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو ظاهر والرق
ولا حكما وهو صلاحيته للقضا والشهادة والولايات كلها فالحكم جعله اي جعل قوله هذا
ابني مجازا عنه اي عن الحرية على تأويل العتق والمذكور ولو قال هذا اخي وامي ومثله لا يولد
لمثلهما فهو على الخلاف وهو الاظهر و قوله لما بينا يعني الوجه من الجانبين في قوله
هذا ابني ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف والوجه ما تقدم وقيل لا يعتق
بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك من بنوة او حرية الا بواسطة وهو الاب وهي

عن ابنه في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا اشارة الى ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل
ان يقول هذا جدي ابو ابي عتق وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا
في الملك بلا واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
يعتق ووجه الروايتين ما بيناه اما وجه رواية العتق لما ذكره بقوله وهذا لان البنوة
في المملوك سبب الحرية الى اخره فكذلك هاهنا الاخوة في الملك يوجب العتق واما وجه رواية عدم
العتق فقوله في مسئلة الجد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذلك هاهنا
الاخوة لا يكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عن مجاورة في صلب او رحم وهذه الواسطة
غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط الخلاف
الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا
اخي لابي ولامي فيعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين قال
الله تعالى والى عاد اخاهم هودا انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاخوة في النسب تحادا في القبيلة
قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة
فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب و رضاع فكيف تثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني
اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد
قيل هو على الخلاف وقيل هو اي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى يتعلق
الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى هاهنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا
مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما وقوله وان قال لامته انت طالق او بائن ظاهر
الى قوله وعلى اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة وهذا يثبت به الاحكام مثل
الاهلية والولاية والشهادة فاني يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب
الاعتاق ايضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام فليست بواردة لانها ثابتة
بسبب سابق وهو كونه ادميا مكلفا غير ان الاعتاق ازال المانع فاستوى الاعتاق والطلاق
وقوله ولهذا اي ولكون العتق يحتمل لفظه تصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق
فكذا عكسه لان مبنى الجزاء على المناسبة والشيء لا يناسب شيئا الا والاخر يناسبه وانما قال
على ما قاله مشايخهم لان المنصوص عن الشافعي لفظة الطلاق فحسب واصحابه قاسوا عليها سائر
الفاظ الصريح والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة
لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوي وطار عن وكره وفي الشرع
ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر والطلاق في اللغة رفع القيد
ماخوذ من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات
قوة الانطلاق وكذلك في الشرع لان المنكوحة لم يزل مالكيته بتذكير الضمير فانها قادرة الا
ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس من اثبات القوة الشرعية في محل
لم يكن فيه رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى
لا يصلح ان يكون مستعارا للاعلى بما ذكر ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين
قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح
فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكلما هو اقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه
اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقته لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز

انما

انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزوم مختلفين في الحقيقة هو في
احدهما اقوى منه في الاخر وانت تريد الحاق الاضعف بالاضعف قوي على وجه التشبيه بينهما
فتدعي ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى ويطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان
عند شجاع وانت تريد ان تلحق جرائه بقوته جراءة الاسد وقوته فتدعي الاسدية له باطلاق
اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس واذا
ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك هذا جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق
دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب ان في الاولى منع المناسبة واظهار
السند بان الاعتاق اثبات والطلاق رفع فانى يتناسبان وفي الثانية تسليم ان كلاهما اسقاط لكن
الاعتاق اقوى وهو ينافي الاستعارة وقوله واذا قال لعبده انت مثل الحر اطلاقه يشير الى
انه نوى العتق او لم ينو لم يعتق وكذا ذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى
ذلك لانه قال لان المستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك انه اذا نوى
الحرية زال الشك وقوله عرفا يجوز ان يراد به العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض
الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو ومثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم او حفظ او جود او غيرها
ويجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة وقوله ولو قال
ما انت الا حر الى اخره ظاهر فصل لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو
الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كارث قريبه وخروج عبد
الحربي الينا وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم سميت القرابة والوصلة
من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا
والاخرى انثى ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة
بالمحرمية ولادا او غيره فان قيل الضمير في مثله يعود اليه كما في قوله صلى الله عليه وسلم
من دخل دار ابي سفيان فهو امن وامثاله فلا يكون حجة واجيب بان وقوعه جزاء لقوله
من ملك ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيئا
فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطف بالفاء التي للتعقيب
فلا يعتق ما لم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التناقض ومحله
ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب اخر كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه
وضربه فاوجعه وامثاله وقوله والشافعي يخالفنا في غيره اي في غير الولاد واستدل
بان ثبوت العتق من غير مرضات المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به
شيء الا بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال الذي يدل له النص الا اذا كان
الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وهاهنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهيها نازلة عن
قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما روينا وهو
قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في
المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما انه ملك ذلك فبالاجماع واما ان كل من فعل ذلك عتق عليه

صله

بجعل الثاني صفة للاول

عتق عليه فبالقياس علي الولاد لان هذا المعني وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولا
ملغي لانها اي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتي وجبت النفقة وحرم
النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا الكريمة ثابت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله
تعالي وعلي الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل به ولما انتخاها هنا نكتة وهو قوله هو هذه قرابة
صينت عن ادني الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن اعلاهما اولي فان ادعي ان ذل النكاح اولي فتلك
مكابرة تستدعي تفضيل الاماء علي الحرائر وهو باطل قطعا واجماعا علي ان الرضاع يرفع ذل النكاح دون
الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلي يرفع الادني لا محالة ولا فرق بين ان يكون المالك مسلما
او كافرا وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان اوجبت العتق
اوجبت باعتبار الصلة علي ما اشار اليه المصنف بقوله هي التي تفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة
عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتاق ايضا اجيب بان علة النفقة ليست القرابة
المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة بقوله تعالي وعلي الوارث مثل ذلك ولهذا اختلاف الدين يمنع الارث فكذا
ما بني عليه وانما قال او كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق
عليه فانه لو اعتقه لم ينفذ عتقه فلذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم نفاذ العتق بالاعتاق لا
يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتق لم ينفذ واذا ملك ذا رحم منه عتق فالجواب ان
الاصل ان ما يمتنع من العتق بالملك يمتنع بالاعتاق ايضا لان الوقوع بالملك انما هو بالتزام الشرع لعدم
التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام ايضا بالاستقراء الا انا تركنا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون
بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من اهله لما عرف في موضعه وكذا اذا اعتق
المسلم عبدا او حربيا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام
في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا لا بمجرد
تعلقه بقوله او كافرا او قوله والمكاتب اذا اشترى اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب
علي المكاتب في غير الولاد وتقريره لا نسلم انه لا يتكاتب عليه بل قد روي عن ابي حنيفة انه يتكاتب
علي الاخ ايضا ولئن سلمنا فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدر به علي الاعتاق ولانه
عبد ما بقي عليه درهم وانما الحق بالملك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له علي الاعتاق لا
يعتق عليه لان فرض المسألة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد اجاب
بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لانه عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة
لكونه يتعير بالرق فكذلك في الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا
لمقصود العتق واما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحقه برق ابنه
او ابيه وقوله وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه جواب نقض اجمالي تقريره لو كان من ملك ذا رحم محرم
عليه لعتقه علي من يملك لعتقه ابنة العم التي هي اخته من الرضاعة علي ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك
وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع
هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من اصطلاحه حيث قال
ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم يكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذلك
المجنون فاذا ملك قريبهما في ملكهما بغير صنعهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهي تملك
ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق فكان كالنفقة قال رحمه الله
ومن اعتق عبدا لوجه الله ومن قال لعبده انت حر لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن

الاعتاق

الاعتاق من اهله مضافا الي محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو
كونه لوجه الله في الوجه الاول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين يعني للشيطان
والصنم وقوله وعتق المكره واضح وقد تقدم في الطلاق وان اضاف العتق الي ملك مثل ان
يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار
فانت حر وكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه واما التعليق بالشرط فلان
الاعتاق اسقاط والاسقاط يجري فيه التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف
فيه بيننا وبين الشافعي وقد تقدم بيانه بوجه اخر وهو ان زوال الملك عنه يبطل اليمين
وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار
عتق عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله
صلي الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله وروي ابن عباس
رضي الله عنهما ان عبدين من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي صلي الله عليه وسلم ولانه
احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق علي المسلم ابتداء وقيد بالابتداء احترازا عن البقاء فانه
في البقاء من الامور الحكمية دون الحقيقية فيجوز بقاء وكذلك الاملاك بعد وجود اسبابها
وقوله وان اعتق حاملا ظاهر واعترض عليه بانه لو لم يعتق الام لجاز بيعها وهو
لا يجوز بخلاف الهبة واجيب بانه لما اعتق ما في بطنها لم يبق الجنين علي ملكه فهبة
الامة بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا
تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الفاسد علي ما يجيء وقوله
واشتراط بدل العتق علي غير المعتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف
العتق الي ان يبلغ الحمل الي احد يكون من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل العقد
كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف علي قبولها ان كانت
من اهل القبول بان عاقلة تعقل العقد واجيب بان ذلك في صريح الشرط واما
ها هنا فالمسألة مذكورة بكلمة علي فكان ذكر المال ها هنا وصفا للاعتاق ولا يلزم
من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة
وفيه نظر لانه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولابد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة
غير صحيح لانه فيه وان شرط عليها توقف علي قبولها ان كانت من اهل القبول فالتوقف
فيه مشروط بكونها من اهل القبول والحمل ليس منه والاولي ان يقال لما علم المعتق عدم
كون الحمل اهلا للخطاب وقبول الشرط واقدم علي العتق كان قاصدا الاعتاق بلا مال او يحمل
حاله علي ذلك صونا للكلام عن الالغاء وقوله علي ما مر في الخلع قال في النهاية فيه
هذه حوالة غير رائجة ويحتمل ان يكون مراده مسألة الخلع في الجامع الصغير فان في
شروحه فرق بين الخلع والاعتاق بجواز وجوب بدل الخلع علي الاجنبي ولا الاعتاق
لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في معني المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال فكما
جاز عليها جاز علي الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله فكان في
مقابلته شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كما اشترط ثمن
المبيع علي غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحمل واضح لان التيقن بوجود
الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله منه اي من وقت العتق وولد الامة

من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء
صاحب الماء ولا معارض له فيه اي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له
فيكون الماء له بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة وولدها
من وجه مملوك لسيدها للتعارض المائين وترجح جانب الام بامور منها الحضانة وفيه نظر
لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك مائه
بمائها لكون مائه في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج فكان الفراش
من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول ارجح لا محالة ومنها ان الولد ما دام
جنينا فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا اما حسا فانه
يتبعها بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند الانفصال منها واما شرعا فلانه يعتق
بعتقها وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به **وقوله** والمنافاة متحققة جواب
عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة
فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها
فهذه المنافاة بخلاف الولد من المولى فانه اي جانب اعتبر **وقوله** والزوج قد
رضي به جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها يتضرر الاب
والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج الامة
عالما بان الولد يرق به وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما
يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته **وقوله** بخلاف ولد المغرور
ظاهر وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فتتبعها في وصف الحرية كما يتبعها
في المملوكية والمرقوقية وانما اورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فانه
ضمير الشان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون
قوله والتدبير وامية الولد والكتابة كالتفسير لذلك والله اعلم بالصواب

باب العبد يعتق بعضه

اخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه اولى بالتقدم
واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقيته قيمته لمولاه عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما
لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني اذا كان المعتق واحدا او موسرا ان كان العبد مشتركا
وان كان معسرا فملك الساكت باق كما كان حتى جاز له ان يبيع ويهب على ما يجي وكل ما لا يتجزى
اضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق
يتجزى ليس هو ان ذات القول يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق
يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف
هل يوجب زوال الرق عن المحل كله اولا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال
الملك بقدره وعندهما يوجب اثبات الاخر بازالة ضدها الذي هو الرق لان المحل لا يخلو
عن احدهما العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق فان انتفى
احدهما يوجب اثبات الاخر وهما لا يتجزان بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول
عن العلة او تجزي العتق لانه اذا تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة او لا يثبت

شي ويثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي
العتق وصار الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي فان
قلت قد تقدم ان الاعتاق عند الشافعي رحمه الله اسقاط كالطلاق فكيف جعله
هاهنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على
جهة الشافعي فقال لهما ان الاعتاق الى اخره ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات
العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف او هو اي الاعتاق ازالة الملك
لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزي لان
الملك حقه اي حق المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف ان يكون عبد الله جازاه الله
بان صيره عبد عبيده او حق العامة لان الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه وحكم
التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره وهذا كلام ترك فيه الكلام على
احد امرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او الملك
متجز فالاعتاق كذلك وانما قلنا انه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف
وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف فانما يكون على ما
هو حقه وحقه الملك فانما يكون على الملك واما ان الملك متجز فذلك بالاجماع لكنه تعلق به امر غير
متجز هو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيه ولا تجزيه علة لجواز الصلاة فانه امر غير متجز
تعلق بمتجز هو الاركان وكذلك الطهارة امر غير متجز تعلق بمتجز هو غسل الاعضاء المفروضة
ولم يستلزم تجزيها ولا تجزيه علتها وهي ارادة الصلاة هذا تقدير الامرين وتقرير الاجزاء
الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق عبارة ازالة متجز وازالة المتجزي متجز وبيان ذلك
ما ذكرناه وهذا اسهل ماخذا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس ماليته نصف العبد عنده
فيجب عليه السعاية وهو المستسعى بمنزلة المكاتب عنده اي عند ابي حنيفة لان الاضافة
اي اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى
وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار انه لا يتجزى فقد اجتمع في العبد ما
يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا
فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ويجوز
ان يكون معناه اذ هو اي معتق البعض مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب
ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكية مالكيته في الكل كما هو
قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة
كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة فله
ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق فان قيل لو كان بمنزلة
المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز اجاب بقوله غير انه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط
لا الى احد والاسقاط لا الى احد ليس فيه معنى المعاوضة لانها انما تتحقق بين اثنين واذا لم
يتحقق فيها المعاوضة لا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانها اسقاط من المولى في
المكاتب اقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ وفي بعض النسخ
لانه اسقاط لا الى احد يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى احد وهو وقت اداء البدل
وقوله وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فجواب عن قولهما وصار كالطلاق والعفو

عن القصاص ووجهه انا لم نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والعتق لرق وهي الكتابة بصار اليها وليس في الطلاق والعفو ذلك فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد متجزئا لاطرد في القنة ايضا اجاب بانه انما لم يتجزأ في القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد فصار كانه استولد جارية نفسه لان الاستيلاد عنده غير متجزئ **قال** واذا كان العبد بين شريكين اذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق وكلامه واضح ونوقش مناقشة لفظية وهي ان ابا حنيفة رحمه الله لا يثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق واجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق او زوال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد **وقوله** فالولاء بينهما يشير الى احدهما انه لا اختلاف في صفة السبب بان يكون احدهما بمال واعتاق الاخر بدونه لانا في تنويب الولاء بينهما اجمعا **وقوله** لهما في الثاني يعني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر والقياس فيه احد الامرين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا لانه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لانه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في نصيبه لا يكون متعديا فلا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره او احرق الحصايد في ارضه فاحترق شيء من ملك جاره ولكنهما تركا القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ومثله روى عروة عن عائشة رضي الله عنها ووجه الاستدلال به انه قسم والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر **وقوله** لما قلنا يريد به قوله وله انه احتبس ماليه نصيبه **وقوله** الا ان العبد فقير فيستسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى واجيب بان عتق المعتق رقبته وما لبثه وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فانه سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في الذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن فان قيل ما ذكر من وجه ابي حنيفة فانما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة **وقوله** ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب هذا هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن قد روى استثناءه وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق وكذا حال المعتق في يساره واعساره فان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه **وقوله** لا يسار الغنى اشارة الى نفي ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود **وقوله** لانه به اي بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب

المعتق والساكت بتحقق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه فلا معنى واذا ملك مقدار حصته من المال تمكن من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره **وقوله** ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اي اصلين تم الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان والمنع السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للاصل الثاني فلو رجع لكان عليه السعاية والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزئا كان ملكه في الباقي قائما فجاز اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جار عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل ان يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين اما على الاصل الثاني فظاهر واما على الاصل الاول فلان التجزي لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب ان الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا نقول بان التجزي ان لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجبه من حيثية اخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة **وقوله** والاستسعاء معطوف على قوله والتضمين **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله وله انه احتبست ماليه نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل الثاني ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك اي اخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر والمكاتب اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل لانه ملكه باداء الضمان ضمنا فصار الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء **وقوله** ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قبل ذلك وتقريره ان ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر **وقوله** والولاء للمعتق في هذا الوجه يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله احتبست ماليه نصيبه **وقوله** وهو للشافعي في الموسر بيان لموضع خلاف الشافعي فانه ذكر في اول الباب مطلقا فاحتاج الى ان يبينه هاهنا **وقوله** وراض به اي بالاعتاق لان الرضى انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا **وقوله** فمعيناه اعتقناه يعني عتق ما عتق ورق ما رق وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر في وجوده الى الجناية كما في اعتاق المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يبتني على احتباس المالية وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين القوة الواجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وامثاله في شخص واحد **قال** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه كلامه واضح الا ان نسبه عليه **قوله** بالعتق اي بالاعتاق **وقوله** في زعمه اي في زعم كل واحد منهما **وقوله** فيصدق يعني بحكم كل واحد منهما في حق نفسه **وقوله** لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق **وقوله** او مملوكه يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله اعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو ان يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله

اعتق الشريك ان يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة اخذ بدل الكتابة وذلك ايضا جايز **وقوله** لان حقه في الحالين اي لان حق المولى في حالة اليسار والاعسار في احد شيئين اي التضمين علي تقدير التحليف فانه لما انكر يحلف فاذا كان نكل وجب الضمان واجيب بانه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما انه اعتق صاحبه يحلف ولم يحلف لضمان علي تقدير الحلف فيتعين السعاية فلا فايدة في التحليف بل يتعين السعاية بلا تحليف لانه ماله اليه **وقوله** علي ما بيناه يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعا كاذبا كان او صادقا كذا في النهاية وقيل هو اشارة الي قوله لانه مكاتبه او مملوكه ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لكن عند ابي حنيفة لا فرق بين ان يكونا موسرين او معسرين او كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية علي العبد فحالهما في استحقاق النصف الباقي علي السوا وعند ابي يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شي لان كل واحد منهما يتبرا عن السعاية ويدعي الضمان علي شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعي الضمان علي شريكه ويتبرا من سعاية العبد ○ فيسقط حصته عنه والموسر يدعي السعاية علي العبد فيسعى له في حصته وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شي وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا اسعى في نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر متبرا عن السعاية وجه قول محمد فيما اذا كانا معسرين ان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية وهو الحانث منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضا عليه فصار كما اذا قال علي لك علي احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشي للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل **وقوله** والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع ولو قلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه واما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق العبد غير المعتق من وجه فكان التوزيع اولى **وقوله** ويأتي التفريع فيه قد مضيناه في اثنا الكلام **وقوله** ولو حلفا علي عبدين ظاهر وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره **قوله** ولا ضمان عليه اي علي الاب **وقوله** وكذا اذا ورثاه يعني بالاتفاق وصورته امراة اشترت ابن زوجها فانت عرا وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه او امراة لها زوج واب ولهما غلام وهو ابو زوجها فماتت المراة فصار غلامها ميراثا بين زوجها وابيها **وقوله** وقال في الشرا اشارة الي ما ذكرنا من الاتفاق في صورة الارث **وقوله** وقد حلف بعتقه ان اشترى نصفه انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الاخر لا يعتق عليه لان الشرط شرا كل العبد ولم يوجد وجه قولهما علي ما ذكره في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الاخر رضي بافساد نصيبه ومن رضي بذلك لا يضمن المفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك اي الدليل علي رضاه بافساد نصيبه انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشرا لان الشرا القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا والمشاركة في علة العتق رضي بالعتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشرا علة التمليك والتمليك في القريب علة العتق والحكم يضاف الي علة العلة

اذا

اذا لم تصلح العلة للاضافة اليها وها هنا كذلك لان التملك حكمي شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة **وقوله** وهذا ضمان افساد نحو ان يكون جوابا عما يقال انما كان الرضى مسقطا للضمان ان لو كان ضمان افساد واما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان عتق وهو ها هنا موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب انه ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضى وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي يوسف ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط الضمان **وقوله** ولا يختلف الجواب بين العلم اي بالقرابة وعدمه في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الحكم يدار علي السبب اي العلة كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر بملكه والسبب قد وجد بامره وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما بها في حكم الضمان لان الرضى لا يتحقق الا اذا كان عالما بها **وقوله** وان بدا الاجنبي ظاهر مما تقدم وكذلك **قوله** ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن للساكت بالاجماع **وقوله** والوجه قد ذكرناه اشارة الي قوله لهما انه ابطل قوله انه رضي **قال** واذا كان العبد بين ثلاثة نفر اذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو موسر واراد والضمان اي اراد الا ان مريد الضمان انما هو الساكت وللمدبر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية او اطلق الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وبيان ذلك ان قيمة العبد ان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة ثلثا قيمة القن وسيجي بعد كرفي التدبير يتلف منه تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا علي قيمة المدبر وهي ثلثا قيمة القن وهي ثمانية عشر وثلاث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة التي يضمنه اياها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا **قوله** واصل هذا ظاهر **وقوله** علي ما مر اشارة الي قوله لان المعتوق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الي اخره **وقوله** عبران له ان يضمن المدبر بان حصر الضمان علي المدبر بعد ما كان الاعتاق ايضا سبب ضمان وتقرير ذلك ان الضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة ولا يعدل الي غيره الا عند العجز الى ضمان المدبر معاوضة فلانه يضمن ما اتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بالاتلاف فانعقد سبب الضمان موجبا للملك للضامن في المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما اتلفه وما اتلفه كان بعد التدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خاصة ضمان الجناية واما ان الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة علي اصلنا ومما يدل علي ان ضمان المدبر معاوضة ان من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق فلم يرجع من اباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسالة في اخر باب النهي من اصول الفقه لشمس الايمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند ادا الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو

وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة كان اولى **وقوله** لانه عند ذلك مكاتب او حر على الخلاف
الاصلين قال الامام جلال الدين بن المصنف رحمه الله هذا غير مستقيم ولذا قوله لابد من رضى
المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق كالمستسعى
عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب كما ان من فيه حق البيان كذلك على ما يجي في هذا الكتاب في مسئلة
الثابت والخارج والداخل ان للمولى حق بيان الايجاب الاول في كل واحد من الثابت والخارج فما دام له حق البيان
كان لكل منهما احرار من وجه عبد من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا هاهنا ما دام له حق السعاية في المدبر
كان بمنزلة المكاتب واما ان الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار انها تنفسخ بمقتضى
الاعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي **وقوله** على ما قالوا فيه اشارة الى ان فيه اختلافا فالبعض قيمة القن لان
قبل التدبير كان فيه نوعا منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما وهو البيع
وبقي الاخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحرز والظن
والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطي والسعاية قائمة باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل
الفتوى على الاول **وقوله** ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان يعني ان المدبر اذا ضمن نصيب
الساكت وهي ثلث قيمته فقد ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن
قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا فان نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه الذي
ذكرنا وقيمته بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي يملك على الساكت باداء
الضمان لوجهين احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق التضمين والثاني انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث
والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذا من قام مقامه بالوجه الثاني يندفع ما قيل علينا في الكتاب احد
الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو موسر يضمن الساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له
الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان وليس
للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه
الاصل فكذلك من قام مقامه واما المعتق فلما قام مقام الساكت باداء الضمان وكان للساكت ولاية
الاستسعاء كان للمعتق ايضا تلك الولاية **وقوله** والولاء بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر
اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل اذا الضمان
اثبت ملك نصيب الاخر كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب
بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى
ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا
الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثه من الابتداء مستندا فيثبت له ثلثا الولاء وللمعتق
الثلث لان نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق **وقوله** لانه ضمان
تملك اي لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه تملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان
الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية وهو يختلف باليسار والاعسار واعترض بان قولكم
ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار لا نم بل مطلق ضمان الجناية او الجناية بالاعتاق
والاول ممنوع وذلك لان من كسر جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا
كان او معسرا والثاني تحكم واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى
الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الاخر

فلا

فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس **قال** رحمه الله واذا كانت جارية بين رجلين واذا كانت
الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما اي يرتفع عنها الخدمة يوما وتخدم
المنكر يوما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة
كلها لا سبيل عليها لهما فاذا اضافه الى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه
صار كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البايع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب
اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر لانه
ما اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم فخرجت الجارية الى العتاق بالسعاية
كام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره
على الكفر ولابي حنيفة ان المقر لو صدق تقريره موقوف على قدمه ويبى الخبر بين قسم الصدق والكذب قسمة
حقيقة لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان الصدق والخبر والكذب راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر
اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول كانت الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني كان له نصف
الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعا لانه تبرا عن
جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه
لف ونشر على ما ترى والاقرار بامومية الولد تضمن اقراره بالنسب والاقرار بالنسب
امر لازم لا يرتد حتى ان الرجل اذا اقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له ثم اقر المقر بنسب ذلك الصغير
لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد
بينهما بان ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما
وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهي منها انها اذا مات احدهما حتى عتقت
لم يضمن للاخر عنده وعندهما تضمن ومنها انها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا
شي عليه لشريكه ان كان موسرا وتسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها اذا غصب
ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد انها منتفع
بها وطيا واجارة واستخداما بالاتفاق وما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطي لا يكون الا بملك
اليمين عند عدم ملك النكاح الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية ولو لا تقومها
لم يكن كذلك فان تعذر بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم اجاب بقوله وبامتناع
بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر **وقوله** غير ان قيمتها بيان لمقدار القيمة وهو واضح
ولابي رحمه الله ان التقوم بالاحراز للتمول ولا احراز للتمول في ام الولد لانها محرزة للنسب
لا للتمول **وقوله** لا للتمول للتقوم معناه لا للتمول وكذلك في قوله والاحراز للتقوم تابع
اي ليس لانه اذا احصنها واستولدها ظهر ان احرازه للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول
وقوله لا تسعى لغريم جاز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان
مقصودا لسعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فالملزوم كذلك
وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم **وقوله** بخلاف المدبر جواب
عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء
وقوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر وبيانه ان النسب فيها اي في ام الولد
متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان

ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا الا انه لم يظهر عمله في حق زوال الملك ضرورة
الانتفاع كما لم يظهر في زوال النكاح لذلك ولا ضرورة في اسقاط التقوم فعمل فيه السبب
واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لانه قوله انت حر تعليق محض والمعلق
بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف **وقوله** وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما
وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمتنع بيع المدبر الا انه اذا امتنع
تحقيقا للمقصود اذ لو جاز البيع لا امتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته **وقوله**
وفي ام ولد النصراني جواب عما قاسا عليه **وقوله** قضينا بتكاتبها عليه ليس المراد به حقيقة
الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت في معنى الكتابة وانما فعلنا هكذا
دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد فلئلا تبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني
فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كانت مالا ذا في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة
لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك
قلنا ان تكاتبها لم يقتض تقوم ام ولد النصراني فاصطر ما قلنا والله اعلم بالصواب

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان عتق العبد بين عتق احد العبدين وقدم الاولى لان الواحد قبل الاثنين
ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل اخر فقال احدكما
حر ولتسليم كل منهم باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يوم من المولى بالبيان
ما دام حيا لانه هو المجمل في البيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول في الخارج عتق
الخارج ويوم بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت
وبطل الكلام الثاني لانه صار حرا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد
وان بدا بالكلام الاول وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين
الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا وان مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول
يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين يعني
الخارج والداخل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك يعني يعتق
من الثابت ثلاثة ارباعه ومن الخارج نصفه الا في العبد الاخر وهو الداخل فانه يعتق ربعه
باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعث اناسا الى بني خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلما
ذكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان يحتمل
ان يكون لله فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه
عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا يجب بقتلهم الدية فلما وجب من وجه ولم يجب
من وجه اوجب النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا فان قيل ما بال ابي حنيفة في الخنثى
يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع
يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال
او النساء لا بد ان ينفك بعد ثدي او ينبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين
على ما ذكره في الكتاب وهو واضح هذا اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان كانوا
يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر

سهام وصايا هم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته فيجعل
اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان
وكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا
كان الثلث سبعة كان الجميع واحدا وعشرين او ثلثاه اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان
ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة اسهم ويسعى في الاربعة واما على قول محمد
فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان
الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت يعتق
منه الثلاثة ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب
الورثة اثني عشر سهما وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان يعتقوا ولا سعاية عليهم اصلا اجازت
الورثة او لم تجز واعندهما لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا صادف محلا
معلوما اما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام بطريق الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة
وما كان كذلك لا يتعدى موضعها **قوله** ولو كان هذا اي ولو كان هذا الكلام في الطلاق
وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة
اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه وهي مسئلة الزيادات تخرج على ما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة
والخارجة وصورة المسئلة واحدة والتخريج من الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا
على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب الثاني فقيل هذا قول محمد فلا يكون حجة عليهما لان عندهما
يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق ايهما شاء من الثابت والخارج فما دام
له حق البيان كان كل واحد من العبد بين حر من وجه عبد من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام
الثاني صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف
لما قلنا فاما الثابتة في الطلاق فتردده بين ان تكون اجنبية لان الخارجة ان كانت المرادة بالايجاب الاول
كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت الثابتة هي المراد بالايجاب الاول كانت اجنبية
فيلغو الايجاب الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه فيسقط نصف المهر وهو الربع موزعا بين
مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكرنا في اول البحث
اذا كان المولى والعبيد احياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات احد العبيد فان مات الثابت عتق
الخارج والداخل اما الخارج فكان الكلام الاول وجب عتق رقبة بينه وبين الداخل والثابت
وبطلت مزاحمة الداخل الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل
فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح حال القصار قوله كقولهما وان مات
الداخل قيل للمولى اوقع العتق على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت
ايضا لانه ظهر انه كان ابتداء عبدا عند الايجاب الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه
على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال فخر الاسلام في
شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما يجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام
الثاني صحيح تعين له الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر هذه
تفريعات العتاق واما تفريعات الطلاق فمنها ان الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء واوقع
الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني وان
اوقعه على الثابتة لغى الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار

بعض صح

فيرجع صح

بنت

في تعيين الداخله الخارجه والثانيه بالكلام الاول ومنها ان الثانيه لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجه والداخله لما قلنا من بطلان المزاحمه بموتها ولكل واحدة ثلاثة ارباع المهر وان ماتت الداخله كان مخيرا في الاخرين بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثانيه ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثانيه لم تطلق الخارجه وان ماتت الخارجه طلقت الثانيه ولم تطلق الداخله لما مر في مسئله العتاق ومنها ميراث النسا وهو الربع او الثمن يقسم بين الداخله والاوليين نصفين نصفه للداخله لانه لا مزاحمها الا احدى الاوليين والنصف الاخر بين الاوليين لان احداهما ليست باولى

قال رحمه الله ومن قال لعبديه احدكما حر كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان قوله لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت اورد عليه بما لو قال لامتيه احديكما ابنتي او ام ولدي وماتت احديهما لم يتعين الحريه والاستيلاد في الحية واجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بطبيعته بل هو اخبار او عورا ان يخبر بهذا عن الميت والحي ويرجع الي بيان المولى فاما الانشا فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا فانما يتعين احدهما للحريه اذا مات الاخر لان البيان قايم بوصفين بوصف الانشا وبوصف الاظهار وهذا لان قوله لا يثبت العتق في واحد منهما لعينه ولهذا قيل عتق ثابت فبالنظر الي هذا يكون البيان انشا ومن حيث ان المعتق لا يعد ومما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال ان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشا والميت لا يحتمل الانشا فتعين الاخر للعتق ضرورة **وقوله** وكذلك اذا استولد احديهما معنى اذا وطي احديهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له بضرورة صحة امية الولد واستحقاق العتق بها انتفى المحرم عنها واذا انتفى عن احديهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة **وقوله** المعتبرين بمعنى عدم محليه العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقا الانتفاع الجميع ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع احدهما ولم يقيده بشي والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الي الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الاخر له والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف روى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا ساوم احدهما كان بيانا بمعنى لعين العتق في الاخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم يثبت الروايه عنه مكتوبه **وقوله** والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلتها لبيع قيل التسليم ليس بشرط واما ذكره تاكيدا لان محمدا ذكر في الاملا اذا وهب احدهما او قبضه او تصدق فعتق الاخر ولان البيع الفاسد تعين الاخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبه والصدقه لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامراتيه احديكما طالق ثم ماتت احداهما لما بينا ان الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له وكذا لو وطي احديهما لما تبين في المسالة التي بعد هذه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما حرة لا ملك فيها فالوطي لا يحل فيها فاذا وطي احداهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطي حلالا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك قايم في الموطوءة لان الذي نوطا من كل منهما واذا كان الملك قايما كان وطيها حلالا لا ما ان الملك قايم في الموطوءة فلان ايقاع العتق انما هو في المنكره وهي اي الموطوءة غير منكره بل هي متعينة فلا يكون لا ايقاع فيها واذا لم يكن

فيحو

الايقاع فيها لا يكون الملك عنها زايلا واما ان الملك اذا كان قايما كان الوطي حلالا فظاهر لا يحتاج الي بيان واذا كان الوطي حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا حل وطيهما على مذهبه وهذا في غاية الدقة وتلوح منه سيما التحقيق الا انه لا يفتى به قيل لان المنكر التي يثبت فيها العتق لا يخلو عنهما ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الي ترك ابي حنيفة الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا واريا نه لا يفتى به لئلا يتخذ محمز الابي حنيفة رحمه الله بترك الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا او لا فان كان غير نازل كان اهمالا للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطيها اجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني نقول العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول ونقول نازل اي العتق نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين على المشتري بالخيار فيهما فانه يصح والوطي لا يقبله المنكر لانه يصادف المعينة اذ هو امر حسي لا يقع الا في المعين ووطي غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطي في الاخرى فان قيل فكيف وقع بيانا في الطلاق اجاب بقوله بخلاف المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقا الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضا الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقا وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المصنف اختار جوازه او يحمل على المخلص المعروف في اصول الفقه وقد قررناه في التقرير او في تقرير **قال** رحمه الله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة كلامه ما ذكره واضح وقال شمس الايمة السرخسي في المبسوط وذكر محمد رحمه الله هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم ارقا واما جواب الكتاب في فصل اخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اولا فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام يعتق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين واما يعتق نصفها او يعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان له طرف واحد القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى كان دخل ام لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات **وقوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرناه من الوجوه في كفاية المنتهى قيل هي ستة اوجه فصولها في شرح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا وهو المذكور في الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجاريه ويسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان تدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب والثالث ان تدعي الام ان الغلام اولا والجارية كبيرة ولم تدع شيا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكرنا بقيا فيه والرابع ان تدعي

الطلاق لا نهر

لدن

ل

الجارية وهي كبيرة والام ساكتة ان الغلام ولدها وهو المذكور في الكتاب رابع الجواب ووجهه
والخامس ان يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا والجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط
العتق والسادس ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا والجواب ان الام تعتق لوجود شرط الام لعتق
وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته
شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكر بما في الكتاب لظهوره
فيه **قال** رحمه الله واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة على طلاق احدى
نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي حنيفة
رحمه الله هي باطلة الا ان يكون في وصيته استحسانا على ما نذكره واصل الشهادة على عتق العبد
لا يقبل من غير دعوى عنده وعندهما والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى
بالاتفاق وانما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع
عندهما ووجه قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به ويصح ايجابه
في المجهول وكل ذلك دليل على كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق قوة المالكية وفيه انتفاء
ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر لغيره لكونه من ثمراته
فما كان من حقوق العباد لا يقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع يقبل بدونها
وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك يقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها
وذلك حق من حقوق الشرع فكان الشهادة فيه كالشهادة على هلال رمضان فان قيل لو كان
كذلك لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق
الامة وهي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحد لانه لا لبس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت
بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم
تقع الحاجة الى الزام المنكر وها هنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل
العتق لا يوجب الحد وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها
بالمحرمية الا ترى انه جاز له ان يزوجها وبدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم
الفرج واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده
الى اخر المسئلة **وقوله** لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فان قيل عليه اذا ادعيا ذلك وجب ان يقبل البينة
لان الدعوى حصلت من معين واجيب بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعواهما دعوى
غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا يكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد العبدين
لا على العبدين **وقوله** ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه كصورة نص على ابي حنيفة لان
الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم يشمع البينة ها هنا ووجه دفعه ما ذكره ها هنا بقوله لانه
انما يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج
عنده على ما ذكرناه يعني قوله ان الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطئها ومعنى قوله
انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون الوطي بعده زنا واعترض بان عتق
العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى
والجواب ان لازم عتقها من اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن ان يكون
من الكبائر فالتسوية بينهما خطا **وقوله** اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته
بيان قوله الا ان يكون في وصيته استحسانا **وقوله** لان التدبير حيثما وقع وصية

يعني

يعني سواء وقع في حال الصحة او في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف احدهما ان التدبير
مطلقا والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان
الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فتقبل الشهاده والثاني ان العتق يشيع بالموت
فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما وهذا ان المقضي له مجهول والدعوى
من المجهول لا يتحقق لظهوره مما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قال الامام
فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم لا يقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو
الوصي وهو معلوم وقال بعضهم يقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما معينا فكان دعواهما صحيحة ...

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق جزاء الشرط ولما كان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط قدم على الحلف ... **وقوله**
ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر ظاهر واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ
لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه
ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك واجيب بانه وجدت الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل
مملوك لي للحال قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له في الحال اذا لم يكن
الملك له في الحال كان هو وغيره سواء **وقوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر حر ذكر ظاهر ومبناه
ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكره في الكتاب **وقوله**
وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا على
ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو قال نويت الرجال
دون النساء لم يصدق قضاء وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد وقال كل مملوك لي فهو حر بعد
غد وله مملوك فاشترى مملوكا اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه
بعده **وقوله** بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله املكه فان املكه للحال **وقوله** ثم جاء بعد غد
ليكون فاعل جاء لانه المقصود **وقوله** لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبر ان ويجوز
النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهي انه مشترك بين
الحال والاستقبال وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم انه
لا ان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك في كل واحد
من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح على احدهما بالدليل اذا وجد وقد
وجد ها هنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم واقول
قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يابى قول هذا الشارح لان المستعمل المشترك
لا يستعمل في احد المعنيين بعينه لا بقرينة وليس النحويون مجمعين على ان المضارع مشترك فيهما
لان منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك
ولعله مختار لتبادر الفهم اليه وعلى هذا الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد
فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه ولو قال كل مملوك ملكه ولو قال كل
مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده مدبر مطلق والاخر ليس بمدبر
مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له ان يبيعه وان مات عتقا جميعا من الثلث مشتركين فيه وقال
ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد
بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا

..عوى
... الشهاده
د
لغة
فهو صح

ولما ان هذا ايجاب عتق واما ايضا اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه او لي فهو حر واما
انه ايضا فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا انه كذلك ففي الوصايا يعتبر الحالة
المنتظرة اي المترتبة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس
والمرء محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها كذا في الشرح الاترازي انه يدخل في الوصية بالمال
ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد بعدها
اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فهذا الكلام من حيث
انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب
مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايضا يتناول الذي يشتريه
اعتبارا للحالة المترتبة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي
كان في ملكه لانه لم يتناول الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك
والى سببه ولا من حيث الايصاء لانه يكون عند الموت فكان حالة التملك استقبالا محضا لم يتناوله
اللفظ فلا يصير مدبرا حالة التملك وانما عند الموت اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك
لي واملكه فهو حر لدخوله عند حينئذ تحت الحالة المترتبة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية
بخلاف قوله كل مملوك املكه او لي فهو حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب
العتق وليس فيه ايضا والحالة محض استقبال لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه
فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا
معنى لا انه يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين خالف وهو ان يقال ينبغي
ان لا يتناول الايجاب المشترى اصلا لا في الحال ولا في المال لان التناول انما يكون مضافا الى
الملك او الى سببه وليس احدهما في حقه بموجود فاجاب بان تناوله باعتبار الايصاء لا الى الايجاب
الحالي **وقوله** ولا يبقى الا ان يكم جمعتم بين الحالة والاستقبال اشارة الى جواب ابي يوسف ولعله اراد
بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة
والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق
في الحال او كونه ايصاء فقط اذ الا ان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير
حينما وقع وصية والوصية يعتبر فيها الحالة الراهنة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد عند الموت
واما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا بد اخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد عند الموت فلا يصير المستحدث
مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل تاتيا واسلم من الاعتراض والله اعلم بالصواب

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شيء على شيء يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما اخر هذا الباب
لكون المال غير اصيل في باب العتق ومن اعتق عبده على مال اي مال كان من عروض وحيوان
وغيرهما مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها
او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة قبوله لا بقاء كلمة على للشرط
فيكون العتق معلقا بشرط اداء الالف كما لو قال ان اديت الي الفا لانا نقول انها انما تكون للشرط
اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة
دخلت فيه على الافعال بل لمقابل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق وكان
الصارف عن الشرطية دلالة الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد

لا يملك

لا يملك نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال اي بمجرد قوله
والولاء للمولى لانه عتق على ملكه هو موجب للولاء بعوض او بلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضة
ثبوت الحكم بقبول العوض كما في البيع وهو يحتمل وجوها احدها العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه
مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بدله من العوض في مقابلة ما ليس بمال بالنسبة الى نفسه
لكونه مبقى على اصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط
ملك المولى في ذاته بالاعتاق او بيع نفسه منه فكان ما بدله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان
في بعض الشروح وهذا ايضا ليس بشيء لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه
فكان ما بدله في مقابلة مال عند المولى والثالث ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم
يدخل به في يده شيء من المال غاية ما يقال انه تثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما
بدله في مقابلة ما ليس بمال بل هو ما قوة شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه معاوضة فمن قضية
المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا واذا رد او اعرض عن المجلس بالقيام او
بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط دينا عليه حتى تصح الكفالة به لانه دين وهو
حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف
القياس اذ القياس يأبى ان يستوجب المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية
للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد الى الكفالة **وقوله** واطلاق لفظ المال ينتظم
انواعه من النقد يعني في قوله ومن اعتق عبده على مال وقوله فشابه وعلل المصنف كونه معاوضة مال بما
ليس بمال بان العبد لا يملك نفسه يعني الحاصل له في مقابلة المال ليس مالا لان نفسه بالنسبة اليه ليس
مالا لانه مبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تاخر عنه الى الحرية
وكذا الخلع والصلح الى النكاح يعني اذا شابه ذلك جاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة هاهنا كما جاز ذلك في تلك العقود
وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة ولا يضره جهالة
الوصف بل بان لم يقل انها جيدة او ردية او حربية فان جهالة الوصف بان لم يقل انها جيدة او ردية
لا يمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي
الف درهم فانت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه باداء المال كالتعليق بساير الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى
قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بساير الشروط **وقوله** من غير ان يصير
مكاتبا يعني لا يثبت احكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء بالمال لا يؤدى عنه ولو مات المولى
فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من اكسابه ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم تعتق ولدها ولو حط
المال او ابراه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع **وقوله** ومراده التجارة
يعني من الترغيب في الاكتساب لا نفي المشروعة عند الاختيار دون التكدي لانه يدني بالمرء ويخسسه
وقوله وفي ساير الحقوق يريد به المهر وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبهها انه يعني المولى ينزل
قابضا بالتخلية برفع المانع سواء قبض او لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من
الاكراه بالضرب او الحبس **وقوله** اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا احترازا عن الكتابة فانها ليست
بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ
الشرط فيه **وقوله** ولهذا لا يتوقف على قبول العبد توضيح لكونه تصرف يمين **وقوله** ولا جبر على مباشرة
شروط الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله لانه لا استحقاق تقرير لا جبر الا باستحقاق
ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا يمكنه البيع قبل الادا **وقوله** بخلاف الكتابة متصل بقوله اذ هو

اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا **وقوله** لانه اي لان عقد الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب
فكان الجبر بعد الاستحقاق ولنا انه تعليق نظرا الي اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة نظرا الي المقصود لانه ما علق عتقه
بالاداء الا ليحثه علي دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولي المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا
في الطلاق في مثل هذا اللفظ بان يقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتى لو طلقها يقع الصفة كان باينا فجعله
تعليقا في الابتدا عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولي لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري
الي الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور وحثا عن العبد فانه لا يتحمل المشقة
في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر علي القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة اصلا لان البدل والمبدل
كلاهما عند الاداء الملك المولي لانه قبل الاداء عبد وهو وما في يده لمولاه اجيب بانه لما ثبت عند الاداء معني
الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالمودي فيثبت هذا سابقا علي الاداء
متى وجد الاداء صار كانه كاتب عبده علي نفسه وماله وكانه اكتسب ما لا قبل الكتابة فانه يصير احق
بذلك المال حتى لو ادي المال عتق وكذا في النهاية وغيره منسوبا الي المبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من
وجهين احدهما ان ثبوت الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته والثاني ان حصول الصحة التي عبارة لا يقتضي
صحته فضلا عن حصول الاقتضاء ولعل الصواب في الجواب ان يقال المصححة الكتابة والمعني الذي ذكرتم قايم
فيها وهي معاوضة ليس فيها معني التعليق فلان يصح العتق علي مال وفيه معني التعليق اولي فيكون ملحقا بالكتابة
دلالة **وقوله** فعلي هذا اي علي العمل بالشبهين يدور المعني الفقهي ويخرج المسايل المعارضة يعني قوله
ان اديت الي الف درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسايل القياس من تمكنه
من البيع وغيره والحق في بعضها من الكتابة من جبر المولي علي القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الي اللفظ
ومعاوضة نظرا الي المقصود عملنا بالشبهين بشبه التعليق في حالة الابتدا في حالة المعاوضة وبشبه المعاوضة
في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم يجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى
لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ولو ادي البعض يجبر علي القبول لان الذي
اتي به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار علي قبول الكل يثبت في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل
هو استحسان وما ذكر استحسان في مبسوط شيخ الاسلام انه لا يجبر علي قبول البعض لان معني الكتابة
هو القياس لانه باداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل بعدم الشرط كما اذا حط البعض وادي البعض الباقي لان
الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك
هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب علي المكاتب فيتحقق براوة عنه سوا ابراه عن الكل او البعض ولو
ادي الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولي عليه وعتق اما الرجوع عليه بالف اخري مثلها فلان الالف
التي اداها كانت مستحقة من جانب المولي فلا يحصل المقصود باداية لان مقصوده ان نحثه علي الاكتساب
ليودي من كسبه فيملك المولي ما لم يكن يملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلوجود شرط الحنث
لما ان كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان واداه تم الادا في قوله
يقتصر علي المجلس وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بساير الشروط
ووجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه تخيير يعني تخيير للعبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير
بمسه العبد اذا قال انت حر ان شيت فقيل قد تقدم انه يصير مأذونا له في التجارة فكيف يكون الاداء
مقتصرا علي المجلس اجيب بان الاذن يكون في صورة اذا اديت او متى اديت فان الاداء فيهما
لا يقتصر علي المجلس ويجوز ان يقال لا ينافي بينهما لجواز ان يكون مأذونا بالتجارة ويقتصر الاداء علي
المجلس بخروجه ويودي المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبده انت حر بعد موتي علي الف

درهم

درهم فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الي ما بعد الموت وكل ما هو كذلك
يقتضي ان يكون القبول بعد الموت ليلا يبقى القبول قبل الايجاب فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف
درهم لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الي زمان القبول متاخر اليه ليلا يبقى قبل الايجاب بخلاف
ما اذا قال انت مدبر علي الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير
في الحال علي ما يجي فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير
لا ينافي حقيقتها فيكون الرق قايما والمولي لا يستوجب دينا علي عبده بخلاف ما لو اعتقه علي مال
لانه يثبت حقيقة الحرية والمال يجب علي الحر والمولي قد يستوجب ما لا علي معتقه فان قيل
لما لم يجب المال في المدبر علي الالف ما الفايدة في تعليق التدبير بالقبول اجيب
بان فايدته انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال وقوله
قالوا يعني المشايخ لا يعتق في مسالة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي
علي الف درهم وان قبل بعد الموت لم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي لان الميت ليس باهل
للاعتاق في ذلك الوقت قال المصنف وهذا اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث صحيح بنا
علي ان الايجاب مضاف الي ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت
بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط الاهلية ليست بشرط
عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسالة
الكتاب والتدبير بوجه اخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق
معلقا بمجرد الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا بالاعتاق الوارث لانتقال العبد الي
ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه
تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل انت مدبر علي الف درهم معناه انت
حر بعد موتي علي الف فيكون كمسالة الكتاب معني فينبغي ان يكون الايجاب في مسالة الكتاب
في الحال حتى يشترط القبول بقيامه اجيب بان هذا يمين من جانب المولي حتى لا
يتمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس قوله انت مدبر علي الف اضافة الحرية
الي ما بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفي مسالة الكتاب اضاف الحرية
قال رحمه الله ومن اعتق عبده علي خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر
علي ان تخدمني اربع سنين فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه من ماله
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة الاول عليه
قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق وكل
ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول
فنزل العتق ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا
صلحت صداقا مع الله تعالي لم يشرع ابتغا الابضاع الا بالاموال حيث قال واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا
باموالكم فصار كما اذا اعتقه علي الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء علي خلافية اخري
وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولي علي
العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي اي مسالة بيع العبد منه بجارية اذا
استحقت معروفة في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر كل واحد من القولين
ولا باس بذكر ذلك وجه قول محمد ان الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق

نفس صح

وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال
لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه
لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا في المبني ولقايل ان يقول هذا
مناقض لما قال المصنف في اول الكتاب انه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب
ان الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى
مولاه وسانه بذلك بيع عبد بجاريه فانه اذا مات العبد وفسخ العقد على الجاريه يلزمه قيمة
العبد على ما نذكره واما المبني عليه فوجه محمد ان هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد
من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفا البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه
قولهما ان الجاريه بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات
العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد قوله وكذا موت المولى يعني
ان موت المولى في هذه الصوره كموت العبد فصار نظير المسئله فيكون الحكم فيهما سواء
وقوله ومن قال لاخر اعتق امتك على الف درهم على ما لم يذكر في بعض النسخ على اكتفا بدلالة
على الوجوب وذكر في بعضها للتاكيد والمسئله ظاهرة وقوله وقد قررناه من قبل يعني
في الخلع في مسئله خلع الاب ابنته الصغيره على وجه الاشارة والفرق ان الاجنبي في باب الطلاق
كالمراة في عدم ثبوت شي لهما في الطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما جاز
التزام المراة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم تكن
له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له به شي اصلا فكان
اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز قوله ولو قال اعتق امتك
عني بالف درهم والمسئله بحالها اي قال على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه قسمت الالف
على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر سقط بطل عنه والوجه
ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله على ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه شبهتان احديهما
ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه
ادخل صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك به بدون القبض ولا ملك
هاهنا فيجب ان لا يجب العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والثانيه ان البيع اذا كان فاسدا
وجب فيه العوض يجب قيمة البيع كامله والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع
الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح في العبد بحصته
من الثمن كما سياتي والجواب الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله عن الاولى بان الامة
تنتفع بهذا الاعتاق من هذا الوجه تصير قابضة نفسها اذ في قبضها ادنى القبض يكفي في البيع
الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام رحمه الله عن الثانيه
بان البيع مدرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط
النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله فلو زوجت نفسها منه يعني في المسلتين
لم يذكره محمد في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما
اذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى يحصنها القيمة للمولى في الوجه الذي
قال فيه عني وما اصاب مهر مثلها كان مهر الامه في الوجهين

باب التدبير

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة والتدبير

في اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفي الشريعة ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ
تدل عليه صريحا كقوله دبرتك وانت مدبر او دلالة كقوله اذا مت فانت حر او انت حر مع موتي
او في موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بعتقك وبثلث مالي وحكمه انه لا يجوز
اخراجه عن ملكه الا الى الحريه كما في الكتابه فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق
ثلثه وسعى في ثلثيه وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط
فلا يمتنع به البيع والهبة كما في ساير التعليقات من دخول الدار ومجي الشهر وغيرهما وكما في المدبر
المقيد فان ذلك جايز فيه بالاتفاق ولان التدبير وصية حتى يعتبر ثلث المال والوصية
لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصى برقبته لانسان ولنا قوله صلى الله عليه
المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما
ولانه اي التدبير سبب الحرية لان الحريه تثبت بعد الموت فلا بد لها من سبب ولا سبب غيره ثم اما ان
يكون سببا في الحال او بعد الموت لا جايز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهليه ولا يمكن تاخير
السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم ولكلامه غرضا لا ينبغي فتعين ان يكون
سببا في الحال واعترض على المصنف بان هذا الكلام مناقض لما ذكر في اخر باب العبد يعتق بعضه حيث
قال والمدبر يتعلق السبب بعد الموت واقول قوله ثم جعله سببا في الحال اولى بدل على ان جعله
سببا في الحال وان كان المذهب عند اصحابنا ليس بمتعين فيحمل ما ذكره هنا على غير الاولى فيندفع التنافي
ويكون قد اطلع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت او اختار جوازه باجتهاده
وجعل ما ذهب اليه الاصحاب اولى فان قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق شي من السبب ثابتا
في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف ساير التعليقات لان المانع من السببية قايم
فيه قبل الشرط واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله غموضا لا ينكشف على وجه التفصيل الا بزيادة
بيان فلا بد منها فنقول المانع هو ما ينتفي به الشي مع قيام مقتضيه وكلما بينا في اللازم بينا في الملزوم
واذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي ان يكون ساير التعليقات اسبابا في الحال لكن المانع عن السببية
في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قايم لان اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان
المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا
عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه اشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق
والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن ان يكون سببا فصفة كون تصرف التعليق يمينا يمنع عن كونه
سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل لم تدخل
الدار فانت طالق فقد تقرر في الكتب ان اليمين يعقد للمنع او الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه
يقتضي الحصر عند البلغا قلت لا يقصد باليمين الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم وهي النفي والمقصود
المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين او ليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام
المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف ساير التعليقات بطريق المشاكلة ان لم
يكن اليمين اخص من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كاين وليس بسبب في الحال
والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهليه
فرق اخر بين التدبير وساير التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه تاخير السببية الى ما بعد
الموت لما ذكرنا من انتفا اهليه الايجاب حينئذ واما ساير التعليقات فتاخير السببية فيه زمان
الشرط ممكن لقيام الاهليه عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهليه ليس بشرط عند وجود الشرط اذا

كالنصحح

بقع صح

واس صح

في صح

لم يكن التعليق ابتدا حال لبطلان الاهلية كما ذكرتم في صورة الجنون واما اذا كان تعليقا لاسلم ان الاهلية اذ
ذاك غير شرط وقوله ولانه وصية والوصية خلافة في الحال فرق اخر بينهما او تقرير ان التدبير
المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصي يجعل الوصي له خلفا في بعض ماله بعد
الموت كالورثة فما يناسب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر
سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها او بعدها ولجاز البيع لان الوصي يجوز له
بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس كذلك والجواب عنهما جميعا ان ذلك في وصية لم تكن
على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية
بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا
يقبل ذلك وقوله وابطال السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات
هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية لا يجوز ابطاله في البيع وما يشابهه
من الهبة والصدقة والامهار ذلك اي ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال رحمه الله وللمولى ان يستخدمه
ويواجره التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا
لو قال كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت
امة وطيها وله ان يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث
ماله لما روينا يعني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله عليه السلام وهو حر من الثلث ولان التدبير
وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية الا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال
لانه يثبت استحقاق الحرية كما ذكرنا انفا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى
في ثلثي قيمته وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه
فيجب عليه رد قيمته وقوله وولد المدبرة مدبر هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ
وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اما ان يكون من امة او غيرها فالاول رقيق لمولاها والثاني
يتبع الام في التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب واما ولد المدبرة فهو مدبر نقل ذلك اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وخوصم الى عثمان رضي الله عنه في اولاد مدبرة فقضى بان ما ولدته قبل التدبير عبد يباع
وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان بحضرة الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولم ينقل عن احد خلاف
وقوله فان علق التدبير بموته بيان للمدبر المقيد وهو ان يعلق التدبير بموته على صفة مثل
ان يقول ان مت من مرضي او سفري او مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال
لتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرا من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه
تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محاله وتحقيقه يستفاد مما قدمنا من ان المعلق به اذا كان على
خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت الصفة كونه يمينا يمنع عن السببية واما اذا كان امرا كائنا
لا محاله لم يكن في معنى اليمين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي اي وقت
ينعقد ان انعقد بعد الموت فليس بحال اهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب
انه موقوف فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم
التدبير في اخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير ومن المقيد
ان يقول ان مت الى سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محاله وهذا الذي ذكره
رواية الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله لو ان رجلا قال لعبده انت حر
ان مت الى مائة سنة قال ابو يوسف هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر

لايجوز

لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان مت فانت حر ثم لو مات قبل السنة
في الاول وقبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد

باب الاستيلاد

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد
منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد وام الولد من الاسماء الغالبة كالصعق في الصفات
الغالبة اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها لقوله
صلى الله عليه وسلم لما ولدت مارية ابرهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له الا تعتقها قال
اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع لان الحديث وان دل على
تنجيز الحرية لكن عارضه حديث اخر وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما
رجل ولدت امراته امته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث
الاول والتنجيز بالحديث الثاني ولان الحرية البيع معلومة فيها بيقين فلا يرتفع الا بيقين
مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها
الاجماع اللاحق فرفعها ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوة بواسطة الولد فان الماءين
قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع
الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الحرية توجبه وتسلم
قائلين به اجاب بقوله الا ان بعد الانفصال يعني ان الولد انما يعلم بعد الانفصال
وبعد الانفصال تبقى الحرية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما موجلا الى ما بعد
الموت فيتعاضد المنقول بالمعقول في اثبات حكم موجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها
في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية حكما ومعناه ان بقاء الحرية حكما باعتبار ثبات
النسب والاصل في ثبات النسب هو الاصل ب لان الولد ينسب اليه والام انما هي بواسطة الولد
بقي الام ولد فلان فلذلك في الحرية فيثبت في حقهم لا في حقهن وقوله وكذا اذا كان
بعضها مملوكا له يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت ام ولد له
لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع ما لا يتجزى وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل هذا
ذكر في باب العتق بعضه والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر
عليه الى اخره فما وجه التوفيق بين كلاميه اجيب بان معنى قوله لا يتجزى يتملك نصيب
صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد ووقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك الى
ملك وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاد مقيسا عليه فانما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير
قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصرا على نصيبه فيتجزى الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض
باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبانه يحتمل ان تكون فيه روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله
وذلك لانهما جعلا الاستيلاد مقيسا عليه فانه لا يتجزى فكان مجمعا عليه ثم لما جاب عنه ابو
حنيفة بانه متجز عنده في ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا في النهاية
قال رحمه الله وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها قد ذكرنا ان الاستيلاد يوجب
حق الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له ان يطاها ويستخدمها ويوجرها ويزوجها
قبل ان يستبريها فان قيل اشتغال الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة اجيب
بان محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطي وقد وقع الشك في زوالها فلا يرتفع بخلاف

المدبر من الثلث

عطلوع

... وجها

النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا يعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة
وقوله ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامة رجوع الى ما ابتدا به اول الباب بقوله
اذا ولدت الامة من مولاها الى ان قال ام الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجي في قوله فان جات
بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامة في انه لا يثبت النسب منها بدون
دعوة المولى وقوله الا ان يعترف به اي بالولد والاعتراف بالوطي غير ملزم وقال الشافعي
رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد اي بالنكاح الذي هو مفض
الى الوطي فلان يثبت به وهو اكثر افضا اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضا الشهوة دون الولد
لوجود المانع عنه اي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما او عدم نجابة
الاولاد لا ما عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي فانه لا يثبت النسب فيه بخلاف الدعوة
لا يثبت النسب باعتبار الحرية او بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول لو كان ذلك
مدارة لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج
الى الدعوة ووطي الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها فان جات بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار
اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا ○
كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله من غير لعان لما لم يقض القاضي به او لم يتطاول المدة فاما
بعد قضا القاضي فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل
الاقرار في هذه المدة من قبول التهنية ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول
قد سبق في اللعان وقوله لان فراشها ضعيف واضح وقوله وهذا الذي ذكرناه اي عدم ثبوت
نسب ولد الامة بدون الدعوى حكم قضا القاضي واما الديانة فيجب فيما بينه وبين الله تعالى
فالاعتراف به والدعوى ان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب ريبة
الزنا وقوله لان هذا الظاهر وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل يقابله اي
يعارضه ظاهر اخر وهو العزل وترك التحصين وقوله وفيه روايتان اخريان في بعض النسخ اخراوان
وليس بصحيح وقوله عن ابي يوسف وعن محمد قيل انما بين تكرار عن دفع وهم من يتوهم ان الروايتين عنهما
باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية الاخر فاما رواية ابي يوسف فهي انه
اذا وطيها ولم يستبريها بعد ذلك حتى جات بولد فعليه ان يدعيه سوا عزل عنها او لم يعزل حصنها
او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه واما رواية محمد فهي انه لا
ينبغي له ان يدعيه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استحقاق
استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد
ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطيها ولم
يعزل وحصنها فالظاهر ان الولد منه فيلزمه ان يدعي وان لم او عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه
الاعتراف بالشك فان زوجها فجات بولد فهو في حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى
الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعدما انعقد
به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز
البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد وقوله
ولو ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب
من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لان امومية ام الولد ثابتة فلهذه الدعوى

مخصص صح

فلا يستفيم

فلا يستفيم حينئذ قوله وتصير امه ام ولد له هكذا نقل عن فوايد مولانا حميد الدين الضرير
رحمه الله فان قيل ينبغي ان لا تصير امه ام ولد لمولاه لان امية الولد مبنية على ثبوت النسب عن
الولد فاذا لم يثبت الاصل كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته
وان كان ذلك الاقرار في ضمن شي لم يثبت ذلك الشي لمصادفة اقرار المولى في محله وهو الملك وهذا
لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او بشبهة بعد النكاح الا ان هذا
الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنايه عن النسب فبقي معتبرا في حق
الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد قال رحمه الله واذا مات المولى عتقت من جميع المال واذا مات
المولى عتقت من جميع المال سوا كان زوجها او لم يكن روى محمد بن الحسن رحمه الله من حديث سعيد بن
المسيب رحمه الله ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد ولا يبعن في دين ولا يجعلن من
الثلث ومعنى قوله امر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما ذكر الدين بقيا
للسعاية للغرما والورثة ولا يجعلن من الثلث تاكيد لانه فهم ذلك من قوله وان لا يبعن في دين ولان الحاجة
الى الولد اصلية لان الانسان يحتاج الى بقا نسله كما انه يحتاج الى بقا نفسه وكلما كان من الحوايج الاصلية
تقدم على حق الورثة والغرما كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوايد الحوايج وقوله
ولا سعاية عليها اي على ام الولد في دين المولى للغرما لما بينا ان الحاجة الى الولد اصلية الى اخره وفي بعض
النسخ لما روينا يعني حديث سعيد بن المسيب ووجهه انه لما قال ولا يبعن لدين علم انتفا المالية واذا
عدمت ماليتها لم يتوجه عليها سعاية وقوله ولانها يعني ام الولد ليست بمال متقوم حتى لو
غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابي حنيفة رحمه الله لان ماليتها غير متقومة
عنده وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرما كالقصاص فان من له القصاص اذا مات وهو مديون
ليس لارباب الديون ان ياخذ وامن عليه القصاص بديونهم وليس لورثته فوامنه ديونهم بمقابلة ما
وجب عليه من القصاص من ديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى ياخذ وابمقابلته شيا ○
متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرما على منع ولي القصاص من استيفا القصاص ○
وكذلك اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفى لا يقدر الغرما على منع المديون عن العفو واذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح ○
واستشكل القول بالسعاية عليها عند ابي حنيفة رحمه الله مع ان مالية ام الولد غير متقومة
عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها وقوله
ومالية ام الولد يعتقدها الذي متقومة فيترك وما يعتقده جواب عن هذا الاشكال
وقوله ولانها يعني مالية ام الولد ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا اي كونها محترمة
يكفي لوجوب الضمان جواب اخر لذلك الاشكال واعترض عليه بانه لو كان الاحترام كافيا لوجوب
الضمان لوجب على غاصب ام الولد واجيب بان مبنى الضمان في الغصب على المماثلة
ولا مماثلة بين ماليتها لانتفا تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة
تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله وقوله كما في القصاص المشترك يعني اذا كان
القصاص مشتركا بين جماعة وعفى احدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما
لكنه حق محترم فجاز ان يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الاخرين عنده بعفو احدهم ولو
ماتت مولاها وهو النصراني عتقت بلا سعاية لانها ام ولد ولو عجزت في حيانه لا ترد قنة لانها
لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاها وقوله ولو

استولدها صورة المسئلة ظاهرة وتفرد بوجه الشافعي هذه علقت برقيق وهو ظاهر من
علقت برقيق لانه بين ام ولد لم علقت منه لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه
جزء الام في تلك الحالة اي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل في صورة النزاع ليس كذلك لان
الام رقيقة لمولاها في تلك الحالة فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل **وقوله** كما اذا
علقت من الزنا ثم ملكها الزاني لانها لا تكون ام ولد لكون العلوق ليس من مولاها ولهذا لا تثبت
اذا علقت من الزنا **وقوله** وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا اشارة الى ان
هذا هو العلة وهو المشهور بينه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد
حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما لم تثبت امومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لا للزاني
بها في تلك الحالة ملك مولاها ولنا ان سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الولدين بعلة
ما ذكرنا من قبل في اول الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة والجزئية
انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح فتثبت الجزئية بهذه الواسطة
واذا ثبت الجزئية ثبتت امومية الولد **وقوله** بخلاف الزنا جواب عن قوله كما اذا علقت
بالزنا لانه لا نسب فيه اي في الزنا للولد الى الزاني فلا يثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو
الجزئية الحكمية فلا يثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت الولد النسب من الزاني كيف لا يعتق
عليه الولد من الزنا اذا ملكه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة
بغير واسطة بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني
منقطعة فكان امومية الولد بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه اي
الاخ ينسب اليه بواسطة نسبة الى الولد وهي غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب فانه
يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة **وقوله** واذا وطي جارية
ابنه ظاهر **وقوله** رحمه الله واذا كانت الجارية بين شريكين هذه المسئلة قد مر ذكرها
في اول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك من حيث ان الاستيلاد
يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب
وبيان ما اريد بعدم تجزي الاستيلاد المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف
العقار وغير ذلك مما ذكره فلا تكرار او كلامه واضح خلا ما ننبه عليه قوله فادعاه احدهما
لا يفرق في ذلك بين الصحة والمرض **وقوله** لانه ثبت النسب منه في نصفه الى اخره يرد
عليه القلب وهو ان يقال لما لم يثبت النسب منه في نصف الشريك لمصادفته ملك غيره
لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى الى اخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب
المثبت للنسب احتياطا الا ترى انه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك
يثبت النسب منه بالدعوة **وقوله** فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه قال في النهاية
هذا على اختيار بعض المشايخ واما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما عرف في
الاصول الفقه واقول يجوز ان يكون مراده بالتعقيب التعقب الذاتي لا الزماني وحينئذ
يكون مراده على الاصح من المذهب **وقوله** بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان
الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من
حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفي للاستيلاد فيجعل تملك نصيب
صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطي واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط

بشبهه

بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن ملك في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها
شرطا للاستيلاد في ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطي في ملكه والوطي فيه لا يوجب العقر
والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها هكذا في مبسوط شمس الائمة
السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما تستاجر هذه المرأة لو كان الاستيجار
للزنا حلالا **وقوله** فلم يتعلق منه شي على ملك الشريك لانه كما علق انعلق حر الاصل لان
نصفه انعلق على ملكه وانه يمنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من تثبت ترجيح النسب واذا
ما ثبت نسبه منهما قال المصنف معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل
على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو واخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد
لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة وهي جمع
القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتبع اثار الاباء في الابناء من قاف اثره اذا تبعه والقيافة
في بني مدلج منهم المجزز لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين
ماء فحلين وهو متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف
في اسامة رضي الله عنها روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عايشة رضي الله عنها واسا
وجهه تبرق من السرور فقال الا ما علمت ان مجززا المدلجي مر باسامة وزيد وعليهما قطيفة قد
غطيا وجوههما وارجلهما بادية فقال هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا
لما جاز اظهار السرور ولو وجب عليه الرد والانكار ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح رحمه الله
في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي منهما
اي الولد يكون للاب الباقي من الابوين اللذين كان اذا مات احدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحي
دون ان يكون نصفه لورثة الاب الميت **وقوله** احكام متجزية يريد بها مثل النفقة
وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فما تقبل التجزية كالميراث يثبت على التجزية
في حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملا كانه
ليس معه غيره **وقوله** الا اذا كان احد الشريكين استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت
في حق كل منهما كملا **وقوله** وسرور النبي صلى الله عليه وسلم جواب عن قوله وقد سر رسول
الله صلى الله عليه وسلم جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا
ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابو حنيفة ونفاه ابو يوسف وجوزه محمد الى الثلث قال ابو يوسف
ثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلاثة قريبة من اثنين وقال ابو حنيفة
سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجد **وقوله** فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا
لولدها يعني يخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تاثير للاستيلاد في
ابطال ملك الخدمة واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود
الرضى منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة رحمه الله وتسعى في نصف قيمتها
للشريك الحي عندهما ولو اعتقها احدهما حال الحياة عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية
في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرا
وتسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على
الاخر فيخرج الامر الى بالذي له **وقوله** كما اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب كان
الحكم هكذا انكلا هنا ومن وطي جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما ان يصدقه فيه

المكاتب اولا فان صدقه السيد ولا تصير الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب
ايضا وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع
بينهما ان الجارية المكاتب كسب المولى وجارية الابن كسب للاب ووجه الظاهر وهو الفرق بين
استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها
التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه لحجره على نفسه ولهذا لا يتملك بسبب المكاتب
عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه وانما لا تصير الجارية ام ولده اذا صدقه
المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا ترى انه بعجزه ينقلب
حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب
منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطي في ملكه وولدت منه فكانت ام
ولد له وقوله وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطي لان
ما له من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطي واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد او العقر
وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني وقوله استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في
الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين ولا تصير الجارية
ام ولد له اي للمولى ما دام لم تصر الجارية ام ولد له فاين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة
لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونها ام ولد فكان المراد بقوله
لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف رحمه الله اجل قدرا من
ان يقع بين كلاميه في سطر بين تناقض وقوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها
وقوله وهو ابنه قيل اي الولد يعني ان الولد حصل له من كسب كسبه فان المكاتب كسبه
وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية كسب كسبه
وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في سرقه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد
المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى
لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله
كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من
ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد لانه لا ملك له
فيها حقيقة فتقديره كما في ام ولد المغرور وقوله وان كذبه معطوف على قوله
فان صدقه المكاتب وقوله ولو ملكه يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب
يوما من الدهر ثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد وزوال المانع وهو
حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر
صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب يوما ثبت نسبه
منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا ان معارضة المكاتب
اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله اعلم

كتاب الايمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب الى هاهنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر
الايمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة
القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وفي الشريعة عقد به عزم الحالف على الفعل او الترك

وشرطها

وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة ما قصده وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها
البر فيما يجب فيه والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب البر لان من الايمان ما يجب الحنث فيه
على ما سياتي والايمان على ثلاثة اضرب لان اليمين بالله اما ان يكون فيها مواخذة او لا فان
كانت فاما ان يكون دنيوية فهي المنعقدة او اخروية فهي الغموس وان لم يكن فهي اللغو فالغموس
هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر الماضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب الا ترى انه اذا قال
والله انه لزيد وهو يعلم انه ليس لزيد كان غموسا فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم
من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا الاثم ما كان كذلك ويدل على معناه لانه ما سمي غموسا الا لانه يغمس
صاحبها في الاثم ثم في النار قال شمس الائمة السرخسي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد
مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة
باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة
باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناوله ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار
وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق
ذلك الذنب بالاستشهاد بالله كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة ولنا ان
اليمين الغموس كبيرة محضة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس
وكل ما هو كبيرة محضة لا يناط بها العبادة لان الاسباب للعبادات لا بد وان يكون امورا مباحة
لئلا يلزم اناطتها بالعبادة وفيه بحث من وجهين الاول انه لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجب الكفارة
على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالي الثاني لما وجبت بالادنى
وجبت بالاعلى بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح
لها لقوله عليه الصلاة والسلام اتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان والجواب
عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطي وهو مباح وعن الثاني
بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشيء رفع الاقوى به وعن الثالث ان الحسنة تمحو السيئة
المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المطلوب خلاف المقابلة لقوله
صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب
عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا يكون مباحة فلا يناط بها العبادة
كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب هتك حرمة اسم الله فهو متاخر عن وقت الانعقاد
باختيار مبتدا لم يدخل في السببية ويرفعها عنه الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيها
لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمنعقدة وفي الجواب تلويح
الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل وكلامه
ظاهر وقوله الا انه علقه بالرجا اشارة الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق
محمد نفي المواخذة في هذا النوع بالرجا بقوله نرجو ان لا يواخذ الله بها صاحبها وعدم المواخذة
في اليمين اللغو منصوص وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين تختلف
فيها فانما علق بالرجا نفي المواخذة باللغو بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر
في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة ابن ابي اوفى وعن ابن عباس في احد الروايتين وروي
عن مجاهد انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي فان عنده
اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن

تحقيق صح

ولده صح

الغايبة و الخبر في الماضي عن فايدة اليمين لان فايدتها المنع او الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي
فكان لغوا واما في الخبر عن المستقبل فعدم القصد لا يعدم فايدة اليمين وقد ورد الشرع بالهزل
والجد في اليمين سواء ولقايل ان يقول في حصر الايمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لان
قول الرجل والله اني لقايم الان في حال قيامه ليس بيمين وليس من الضروب المذكورة في الكتاب نظرا لان
قول الرجل والله اني لقايم ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا
قسم وهو جملة انشائية اكدت بها جملة اخرى والقاصد في اليمين والمكره والناسي فهو الذي ذهل
عن التلفظ باليمين ثم تنبه كانه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطي مكان الناسي وهو
ان يريد ان يسبح مثلا فيجري على لسانه اليمين سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث
جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح واليمين فان قلت اليمين تنعقد بقوي بها عزم الحالف على
الفعل والترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو
القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان الحديث
لانه محتمل ونص اليمين مفسر وقوله والشافعي يخالفنا في ذلك يعني في وجوب الكفارة على المكره
والناسي وسنبين في الاكراه ان شاء الله ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء اي هو
ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة تجري الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد
وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة
وهو وجود الفعل الحسي وقوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة في ايجاب
الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما
الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة داير مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب
لوجوب الاستبراء داير مع دليل اشتغال الرحم وهو استحداث الملك لا حقيقة الشغل حتى يجب وان لم
يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امراة ولقايل ان يقول اقامة الدليل
مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل فيدور عليه وان
لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة
عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول والله اعلم بالصواب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

لما فرغ من بيان ضروب الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون واليمين بالله
اي بهذا الاسم وباسم اخر من اسمايه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا
كعزة الله وجلاله وكبريايه والمراد بالاسم ها هنا لفظ دال على الذات الموصوفة
بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسما فاعلها
كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما ان لا يجوز ان تعلق
الوصف به او بنقيضه او لا والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة
الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المومنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود
دون المسلمين ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل
ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه القياس ولكنه ترك لمجيئه بمعنى
المعلوم ومشايخ ما وراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة
لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله

لان الحلف بها متعارف وقوله ومعنى اليمين وهو القوة لا يخرجه ذكره استظهارا لانه لما بني الايمان
على العرف كان وجوده مصادما النظر الى غيره وقوله الا قوله وعلم الله استثناء منقطع من
قوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا لان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناء وعن
العرف منقطعا والكلام في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو
القوة حاصل في انه ذكر مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكره معتذرة عن ورود
على اصلهم كما تقدم وقوله ولان الرحمة قد يراد بها اثرها مفوض بقدرة الله لانه يقال انظر الى
قدرة الله والمراد اثره والانكار بمعنى المقدور ولكونه المقدور غير مرتبه فيكون كالعالم ومع ذلك
يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله
متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد رحمه الله وامانة الله يمين ثم لما سيل
عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب تحلف بامانة الله عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين
ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقران والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم
من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر روى مالك رحمه الله في الموطا عن نافع بن عمر رضي الله عنهما
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابايكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او
ليصمت قال المصنف اما لو قال انا بري منه يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي والقران كفر
ولقايل ان يقول سلمنا ان التبري منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها
الا ترى انه لو قال لحياتك لافعلن كذا او لعنقك ان البرية واجب كفر وليس بيمين والجواب سيجي عند قوله
ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني قال رحمه الله والحلف بحروف القسم الحلف بالله انما يكون بحروف
القسم ظاهرا او مضمرا وحروف القسم وكون الباء اصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحرف والنصب بعده
لاضمار على ما اختاره البصريون او الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل والاصول
يبحث عنها من حيث استنباط المسايل الفقهية منها والواصل الجيد الاشتغال بكتاب الهداية لا بد
وان يكون تحصل قبل ذلك ورآه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمصنف
ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التخليل بطريق المساهلة كذا في النهاية وجوازه بقال الحلف
الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب وقوله وكذا اذا قال لله في المختار احترازا عما
روي عن ابي حنيفة انه لو قال لله على ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة
صيغة النذر وتحتمل معنى اليمين ولا اثر لتغير الاعراب وقوله قال ابو حنيفة ظاهر وقوله
والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد الفرق بين والحق وحقا بان المعرف اسم من اسما الله تعالى الحق
الله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب
بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فصار عن اليمين ولو قال
اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله ظاهر ولعترض بان اليمين ما كان تحاملا على فعل
شي او تركه موجبا للبر وعنده فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله
اقسم لا يكون موجبا للبر سببا بمجرده لانه لم يعقبه بيمينه على فعل شي او تركه فيكون يمينا ولا
الكفارة انما يكون لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله وليس في اقسم
مجرد الهتك حرمة اسم الله فيكون هو موجبا للكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل مضارع فكما
يقول هي بحال لذلك يكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم يجب من حيث
انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما في حق الكفارة فانها

ملحقة بالحد وحتي انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولجيب بانه الحل على التمثيل يمين وهو موجب
الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة علي للايجاب واليمين لا توصف بالوجوب وانما
موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن ههنا او خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا
بالكفارة صونا لكلامه عن الالغا ولذلك قوله اقسم اخبار عن القسم في الحال وما ثمة قسم لانه عبارة
عن جملة انشائية يوكد بها جملة اخرى كما تقدم ولم يوجد منه شي فيجعل اقرارا عن موجب اليمين
نظرنا في الخلاف فهذا لذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الي وجوب البر ابتدا ولا بتقدير
هنالك اسم الله ولا الي جعل الي تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما تري يشير الي انه قال علي يمين
او اقسم ولم يرد علي ذلك اما اذا قال اقسم لافعلن كذا او علي يمين لا افعل كذا لا يصلح يمين اقرارا
فيجوز ان يقال قد تقدم ان اليمين عقد قوي به عزم الحالف علي الفعل او الترك وهو موجود ٥
والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى فاقسموا البصر منها فيجبن وقالوا اقسموا بالله جهد
ايمانهم وقال يحلفون بالله لكم لترضوا عنهم وقال يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال قالوا نشهد انك
لرسول الله وقال فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وكما جاز ان يكون نحو والقسم مضمر لجاز ان يكون
المقسم به ايضا كذلك وهو حجة علي زفر في عدم جوازه بدون ذكر الله ثم اختلف في النهاية النية اذا لم
يذكر اسم الله فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله **قوله**
رحمه الله وكذا قوله لعمر الله هذا معطوف علي اصل المسألة وهو قوله اقسم الي اخره والعمر بالفتح
والضم البقا الا ان الفتح اغلب في القسم لا يجوز فيه الضم قال في المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعني
قال الله لعمرك والعمر هو البقا والبقا من صفات الذات فكانه قال والله الباقي وايم الله معناه
وايمن وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة وايم صلة اي كلمة
مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك موطنه كتب النحو **وقوله** والحلف بالعظيم
يريد قوله لعمرك وايم الله متعارف يحلف بها في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يمينا **وقوله**
وكذا وعهد الله وميثاقه ظاهر ومن قال علي نذر او نذر الله لا افعل كذا كان يمينا لقوله صلى الله
عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني
او كافر او مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما علي الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد
امكن القول بوجوبه لغيره يجعله يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد البراءة عن ذلك واجب
الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره يجعله يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة عن
ذلك واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره يجعله يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد
ان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد وجب امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا القول
هو الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل
كذا فهما يمينان وان قال يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد
من اللفظين تام بذكر الشرط والجزا وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط
مرة واحدة **وقوله** ولو قال ذلك لشي فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ علي امر ماض فان كان
عنده انه صادق فلا شي عليه وان كان يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا
بالمستقبل يعني لو حلف به علي امر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا لا كفرا ولا يكفر الحالف
كذلك اذا كان في الماضي وقيل هو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه تعلق الكفر بما هو موجود ٥
والتعليق بالموجود تنجيز فكانه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه ان كان عالما

يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر
في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم علي ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر **وقوله** لان
حرمة هذه الاشيا تحتمل الفسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ
ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا له بوجه
النكاح وملك اليمين فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة الي الحل بالسبب الشرعي فسخا وتبديلا واما الخمر
والربوا فيحتملان النسخ اما الخمر فظاهر فانها كانت حلالا لاتم النسخ واما الربوا فيحتمل النسخ في نفسه
وان لم يرد النسخ في حقه الا ترى انه حل في دار الحرب واقول في كلام المصنف لف ونشر علي غير الترتيب
وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر واكل الربوا **وقوله** تبديلا بالزنا والسرقة ويراد
بالتبديل انقلاب المحل كما ذكر وهذا افادة والحمل علي ما ذكره صاحب النهاية اعادة والاولى
اولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الاشيا في معني حرمة اسم الله لان حرمته لا تحتمل
في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشيا ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا والله اعلم

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب
لان انقلاب اليمين لم يشرع للكفارة بل ينقلب موجبه لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح
وكون الواجب احد الاشيا علي التخيير واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم
حمل الشافعي المطلق علي المقيد علي ما هو مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة
وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة انه يجوز وفي رواية اخرى ان
اعطي السراويل المراة لا يجوز وان اعطي الرجل يجوز لان المعتبر رد العري بقدر ما تجوز به الصلاة
لان ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه وما زاد عليه فضل يعتبر للتجمل والتدفي فلا يؤخذ
عليه في الكسوة كما لا يؤخذ عليه الادام في الطعام **وقوله** لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام
باعتبار القيمة يعني لو اعطي كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لان الاكتساء به لا يحصل ولكنه
يجزيه عن الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو اعطي عشرة
مساكين ثوبا بينهم وهو يساوي ثوب كثير القيمة نصيب كل منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه
من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل يشترط النية او لا ذكر
شيخ الاسلام في ظاهر الرواية يجزيه ان يكون بدلا عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة
علي الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الي
اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الي اسبابها حقيقة والادا بعد السبب جائز لا محالة
فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا لانها تحصل بهتك حرمة
اسم الله بالحنث **وقوله** واليمين ليست بسبب جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب
وهو اليمين ووجهه ان السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الي الكفارة لانها تجب بعد
نقضها بالحنث وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما يضاف الكفارة الي الصوم بخلاف
الجرح لانه مفض الي الموت **وقوله** ثم لا يسترد من المسكين قيل هو معطوف علي قوله لم يجزه
يعني وان لم تقع كفارة اذا دفع الي المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه لانه قصد به سد
الخانة وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فيكون قد وقعت
صدقة ولا رجوع فيها ومن حلف علي معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا

ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فراى غيرها خيرا
منها فليات بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان
اليمين تركبه من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لا افعل ولا افعل فكان من باب ذكر
الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال به نظر لانه قال وراى غيرها خيرا منها فالمدعى
مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي ان يرى ترك المعصية
خيرا منها فيحصل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله ولانه فيما قلنا يعني ان الكفارة بعد الحنث
تفويت البر الى جابر وهو الكفارة لما ان الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا
فتصلح الكفارة جابرة ولا جابرة للمعصية في ضد ما قلنا اي لا جابر في معصية الحنث فيما قال له
الشافعي لان الحنث لما تاخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر
لا يتقدم كذا في النهاية وقال في بعض الشروح ولانه فيما قلنا اي في تحنيث النفس والتكفير
بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر فلا فوات فتكون المعصية
الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما الثاني بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام
عن الاب وقتل فلان لم يتحقق حصول المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا
قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف الكافر ثم حنث
في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي رحمهما الله يكفر
بالمال لان اليمين يعقد للبر وهو من اهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله
تعالى وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات
ولنا انه ليس باهل اليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما اذ الكفر اهانة
واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم ولا هو اهل الكفارة لانها عبادة بخلاف الاستحلاف
في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول والاقرار والكفر
لا ينافي ذلك قال رحمه الله ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه ومن حرم على نفسه
شيئا مما يملكه مثل ان يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصر محرما بعينه وعليه
ان استباحه اي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي لا
كفارة عليه لانه تحريم الحلال قلب المشروع وقلب المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع
وهو اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت
به حرمة بعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم او لغيرها باثبات موجب اليمين
وفيه اعمال اللفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا الفرع
يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه
محرما لعينه وقوله ان استباحه اشارة الى الحرمة لغيره وعوض باليمين لما ان ذكر
مقسم به وهو عند ذكر اسم الله او صفة من صفاته كما تقدم او بان يذكر شرط وجزاء وليس
شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجيب بسقوطها بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة
ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك في تحريم العسل او تحريم مارية اطلق الايمان
على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والراي لا يعارض النصوص السمعية ولو قال كل حل
علي حرام فهو على الطعام والشراب لا ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لان قوله
هذا في قوة ان يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح

العينين فيحنث وهو قول زفر وجه الاستحسان ان اليمين يعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار
العموم لامتناع ان لا يتنفس ولا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار
الى الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناول
واذا لم يكن العموم مرادا لا يتناول المراة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء ولما بينا ان هذا الكلام
يمين فيكون معناه والله لا اقربك وهو مصدود الا بلا وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ
بلخ كابي بكر الاسكاف وبكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا
يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وقوله وكذا ينبغي ظاهر
ولم يقل كما لو قال هر جه بدست جب گرم بر وي حرام وقد قيل لا يقع به الطلاق وان
نوى ولو قال هر جه بدست راست گيرم كان طلاقا وقيل يقع به الطلاق وان لم ينو
وقيل لا يقع الا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان قال لله علي صوم سنة ولم يعلقه
بشيء فعليه الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق
النذر بشرط سواء كان شرطا اراد كونه او لم يرد فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا
يجزئه كفارة اليمين لاطلاق الحديث فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا او معلقا بشرط
ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا هذا
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه اي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى القول بالتخيير بين
كفارة اليمين وبين الوفاء به وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم شهر او
صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى
ايضا حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين ان يصوم ثلاثة ايام وبين ان يصوم شهرا وهذا
مروي عن ابي حنيفة في النوادر ووجهه ما روي في السنن مسندا الى عقبة ابن عامر
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين فقالوا هذا
اذا كان شرطا لا يريد كونه لان بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملوا الحديث الاول على النذر
المرسل وعلى مقيد اراد الحالف كونه والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعا بين الاثار
والمعنى الفقهي في ذلك ان في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين
جميعا اما معنى النذر فظاهر واما معنى اليمين فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيتخير
ويميل الى اي الجهتين شاء والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين
جائز كالعبد اذا اذن له مولاه بالجمعة فانه مخير بين اداء الجمعة ركعتين وبين اداء الظهر اربعا
والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة مقصودة واجبة لعينه واليمين قربة
مقصودة لغيره وهي صيانة حرمة اسم الله بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه
كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع لان قصده اظهار
الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف وهذا التفصيل اي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد
كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وفيه نظر لانه ان اراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية
فليس بصحيح لانه ظاهر الرواية وان اراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض
فالدفع ممكن من حيث حمل احدهما على المرسل والاخر على المعلق من غير تفرقة ما يريد
كونه وما لا يريد على ان فيه ايماء الى القصور في الذهاب الى ظاهر الرواية ومن حلف على يمين
وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم

وقد بر في يمينه معناه لا يحنث ابدا لعدم انعقاد اليمين **وقوله** لانه لا بد من الاتصال استثنا
من قوله فلا حنث عليه لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين فان قلت هذا تعليل
في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل قلت الدليل الدالة
من النصوص وغيرها على لزوم العقود وهي التي توجب لا تعقد اتصال فان تجوز الاستثنا متصلا
منفصلا لا يبقي الي اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرها من ان يكون ملزمة وفي ذلك
من الفساد ما لا يخفي وهذا التعليل يوافق تلك الادلة وقد روي عن ابن عباس جواز الاستثنا منفصلا وفيه ما ذكر

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شي او تركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الوارده في اليمين فذكرها
في ابواب وقدم الدخول والسكنى وغيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان اول ما يحتاج اليه الانسان
الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم تتوارد عليه ساير الافعال من الاكل
وغيره واليه وقعت الاشارة في قوله تعالى يا ايها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين
من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الارض فراشا والسما بنا الاية والدخول عبارة على الانفصال
من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبينا باهله **وقوله** ومن
حلف لا يدخل بيتا ظاهر والبيعه متعبد النصاري والكنيسه لليهود **وقوله** لان
البيت ما اعد للبيتوته وهذه البقاع ما اعدت لها اعترض عليه بان الله تعالى سمي الكعبة
بيتا قال الله تعالى ان اول بيت وضع للناس وسمي المساجد بيوتا بقوله في بيوت اذن الله واجيب
بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القران الا ترى ان الله تعالى سمي بيت العنكبوت بيتا
ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناوله واستشكل ما قال في الفوايد الظهيرية اذا حلف لا يهدم
بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجي الجواب ان شا الله تعالى وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة
باب الدار قال في المغرب ظلة الدار هي السدة التي فوق الباب وقول المصنف والظلة تكون
على السكة اراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بنا الا ان مفتحه الى
الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت تخصيصه لانه ليس من جمله بيته **وقوله** وقيل اذا كان
الدهليز ظاهر وان دخل صفة حنث لانها تبني للبيتوته فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي
والصيفي الذي يبني للبيتوته فيهما شتا وصيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوايط اربع
وهكذا كانت صفافهم اي صفاف اهل الكوفة ذكر عن ابي حازم القاضي ان هذه اشكلت علي
حتي دخلت الكوفة فرايت صففا فهم مبنوته فعلمت ان الايمان وضعها على تعارفهم وقيل
الجواب يجري على اطلاقه يعني سوا كانت ذات حوايط اربعه او ثلاثه هو الصحيح دون
الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبني مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوته وهذا المعني
موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث ومن حلف لا يدخل دارا فدخل
دارا خربة لم يحنث ولو حلف هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحرا حنث لان
الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة
وقد شهدت اشعار العرب بذلك فمنها ما قال لبيد ٥

٥ عفت الديار محلها فمقامها ٥ بمني تابد غولها فرجامها ٥

عفي بمعني لازم ومتعد وها هنا لازم لانه نابها المنزل اي تغير والغنه الوحوش والغول والرجام
موضعان يقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول وما كان للاقامة وهذه الديار

كانت

كانت بمنا وقد توحشت الديار الغولية والرجامية قال قايلهم ٥

٥ الدار دار وان زالت حوايطها ٥ والبيت ليس ببيت بعد تهديم ٥

وهذا ظاهر **وقوله** والبنا وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغايب معتبر
لما ذكر في الاصول ان المحلوف عليه لا بد وان يكون معلوما فاذا كانت مشارا اليها كان
المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الي معرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوي الوصف
فيكون معتبرا واعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع ن
الشترا للموكل اذا وكل رجلا بشرا دار فاشتري دار الخربة لانها غير موصوفة وهذا نقض
اجمالي والثاني ان البنا لا يخلوا اما ان يكون داخلا في المسمي او لم يكن فان كان داخلا وجب ان
لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة وان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف
الحال ايضا في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد يمينه برجل قاعد عالم الي غير ذلك
من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة واجيب عن الاول بان في مسله الكتاب
شرط الحنث السكني وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود
الموانع المذكوره واما في صورة النقص فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الي اختيار
فان انتقل الي السكه او المسجد قالوا لا يبر لانه لم يبق ساكنا دليل الاول ما ذكره في الزيادات ان
من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا اخر يبقي وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا وصورته
لو في نقل عياله الي مكه ليتوطن بها فلما دخل بها وتوطن بها بدا له ان يرجع الي خراسان
فمر بالكوفة فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة قايم ما لم يتخذ وطنا اخر كذا هذا
وفي بعض الشروح قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن اخر اما اذا كان وبقي على ذلك
اياما فلا يحنث في الصحيح وان لم ينتقل الي السكة والمسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة
فيصير ذلك القدر مستثني للضرورة والله اعلم بالصواب

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ذكر الخروج ها هنا ظاهر التناسب لانه ان له مناسبة المضادة بالدخول واما الاتيان
والركوب فمما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج **وقوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد
ظاهر ولذلك الحكم في الدار والبيت **وقوله** ولو اخرجه مكرها صورته ان يحمله انسان
فاخرجه مكرها لا يحنث لانه لم يوجد منه الفعل حقيقة ولا حكما واما اذا هدده غيره
فخرج خوفا من المكره فيحنث لوجود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا احمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف
لا يدخل دار فلان فهبت به الريح والقته فيها لم يحنث ولتنحل اليمين اذا احمل مكرها قيل تنحل كما لو
حلف وقيل لا تنحل وهو الصحيح **وقوله** في الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا
انه يحنث لما انه كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج **وقوله** والمعني بعد
ذلك ليس بخروج يعني ان الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الي الخارج ولم يوجد **وقوله**
ومن حلف لا يخرج الي مكه ها هنا ثلاثة الفاظ الخروج والاتيان والذهاب فالاول شرط الحنث
به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من
بيته مهاجرا الي الله ورسوله واراد به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى
فاتيا فرعون فاذا وصل حنث سوا كان قاصدا او لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير
بن يحيي هو بمنزله الاتيان لقوله تعالى اذهبا الي فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن

سلمه هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت والاذهاب
الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط قيد الوصول قال المصنف وهو الاصح لانه
عبارة عن الزوال ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو على الاستطاعة الصحة دون القدرة
اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما صحة الاسباب والالات قال الله تعالى ولله على
الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة
والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع حال يترتب عليها الفعل عند ارادته ارادة جازمة تخلقه
الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرف هذا ففيما نحن فيه
كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما
بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما اراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء ايضا لما بينا انه نوى
حقيقة كلامه وقيل لا يصح قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو المتعارف وفيه تخفيف
على نفسه ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة حتى لو اذن لها مرة
فخرجت ثم خرجت بلا اذن تحنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لا تخروجي
الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه اي ما ورا
المستثنى داخلا تحت الحظر العام ولو نوى قد يأتيه لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر
لكونه مخالفا لمقتضى الباء ولو قال الا ان اذن لك كفى اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض
عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما واجيب
بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرناه
في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية كلمة تفيد معنى الغاية لان الا ان ليس موضوعا
لمعنى الاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه
فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو ما حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثنا
يخالف حكم ما بعده قال رحمه الله ولو ارادت المرأة الخروج صورة المسئلة ظاهرة
وسمي هذه اليمين يمين فور وهو في الاصل فار القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت
به الحالة التي لا ريث فيها فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته وتفرد ابو حنيفة باظهاره
اي باستنباطه وكان الناس قبله يقولون اليمين نوعين مؤبدة وموقتة لفظا ثم استنبط
ابو حنيفة رحمه الله هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والموقت معنى وقد اخذه من حديث
جابر رضي الله عنه وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فقيل هو النبي عليه السلام فحلفا ان لا ينصراه ثم
نصراه لم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعها عن
الخرجة التي تهيأت له لا من الخروج على التأبيد فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين
فلا تحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو اراد الرجل عبد
فقال للخوان ضربته فعبده حر تتقيد بتلك الضربة وعلى هذا قال له رجل اجلس تغد عندي
فقال ان تغديت فعبده حر وكلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يجعل مبتدءا
لانه زاد على مقدار الجواب فيجعل كلامه على السؤال لغا الزيادة فان قيل الزيادة لا تنفي
كونه جوابا للسؤال الا ترى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكأ عليها واهش بها على غنمي ولي فيها
مآرب اخرى في جواب قوله وما تلك بيمينك يا موسى فكيف زاد على مقدار الجواب
وهو ان يقول عصا ولم يخرجه عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما تستعمل للسؤال

عن الذات

عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام
ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب النهاية
الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة قالوا انما سئل بما عن وصف
العقلاء والعصا لم يكن عاقلا فلا نسلمناه ولكن لا نعال المستنده الى موسى عليه السلام لا يكون
اوصافا ولئن كانت لا يكون اوصافا للعصا واقول الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه
عن كونه جوابا البتة وانما يجعل كلاما مبتدءا اذا كان ثمة مصرف يكون حمله عليه اعمالا
بزيادة كما في المسئلة وليس في الاية ذلك فلم يصر فيصير عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله
فيجعل مبتدءا قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوان
اي يتحرك مشيا على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها
وبتعلق الركوب بها تعين ما يركب منها مرادا كالفرس والبغل والبعير والجمل والحمار
والبقر والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان
وهو الخيل والبغال والحمير اخذا من قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر
منه الركوب في هذه الانواع الثلاثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله
تعالى والانعام خلقها لكم الاية وبالعرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه انه
ركب البقر والفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى
لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان
فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله هذا
اذا لم ينو فاما اذا نوى ركوب دابة العبد فيحنث الا انه اذا كان عليه دين مستغرق
لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي فيما ملكه العبد المديون عند ابي
حنيفة رحمه الله حتى لو اعتق عبده لا يعتق ومما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه
اذا كان عليه دين وهو القدر الذي اظهرناه وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن
عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى الملك عرفا حيث يقال دابة
عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله
لمولاه فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في
الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او مستغرق اذا نوى
ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد
فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية لاختلال الاضافة الا بالنية وقال محمد رحمه الله
يحنث في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للسيد اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان
اليمين عليهما واعلم انما يصل الى جوف الانسان لا يخلو عن اربعة اوجه ماكول ومشروب وممصوص
وملعوق فالماكول ما يتأتى فيه الهشم والمضغ لا المضوغ حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير
مضغ سمي اكلا والمشروب ما لا يتأتى فيه ذلك فلو حلف لا ياكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه
فثرد فيه واكل لم يحنث والممصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا ياكل عنبا او رمانا
فمصه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب والملعوق هو ما يتناول بالحس

بالاصبع والشعاه اذا عرف هذا رجعنا الي ما في الكتاب فقوله فهو علي ثمرها يعني اذا كانت لها
ثمرة واما اذا لم تكن فا ليمين يقع علي ثمنها لانه اضاف اليمين الي ما لا يوكل فينصرف الي ما يخرج
منه صالح لكونه مجازا لانه اي ما لا يوكل سبب له اي لما يخرج منه و ذكر السبب واراده
المسبب مجاز شايع لكن بشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما يصنع من ذلك التمر ليس بالتمر
فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا
احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس علي ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره
وقوله ومن حلف لا ياكل من هذا البسر ظاهر وكلامه يشير الي قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت
علي عين بوصف يدعو ذلك الوصف الي اليمين تتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم
فلذلك لا يحنث من حلف لا ياكل من هذا البسر او الرطب او اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة
البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو اللبن استخرج ماوه فصار كالفالوذج الخاثر فان
قيل فعلي هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا
يحنث لان الصبي مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين الي اليمين وقد
زالا عند الشيخوخة فكان الواجب ان لا يحنث اجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم
هذا الصبي الي الجزم وجهه ان القاعدة المذكورة تقتضي لكن الشرع اسقط اعتبارها
لانه نهي عن هجر المسلم بمنع الكلام قال صلي الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر
كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين علي الذات وهي موجودة حالة
الشيخوخة فيحنث في يمينه واعترض علي دليل الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام
لكن الحرام يقع محلوفا عليه كما لو قال والله لا يشربن اليوم خمرا واجيب بان الكلام في ان
الحقيقة تترك بانه يهجر ان الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم علي
الصلاح واما ان اليمين تنعقد علي الحرام المحض فلا كلام فيه ومن حلف لا ياكل لحم هذا الحمل
ظاهر قال رحمه الله ومن حلف لا ياكل بسرا هذه المسئلة علي اربعة اوجه اذا حلف لا ياكل
بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ما اسفل من جانب القمع
والعلاقة فتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه شي من الرطب حنث في يمينه في قولهم
وكذا اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل رطبا مذنبا وهو الذي عامته رطب وفيه شي من البسر
حنث في قولهم ولو حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا فيه شي من البسر حنث في قول ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يحنث ولو حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا فيه شي من الرطب حنث عنده خلافا لهما علي
رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة في انه
يحنث في هاتين الصورتين قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته لهما ان الرطب المذنب
يسمي رطبا فاذا حلف لا ياكل بسرا واكل الرطب المذنب فقد اكل الرطب لا البسر لا يحنث وكذلك
بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري رطبا فاشتري بسرا مذنبا لا يحنث وله ان الرطب
المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب علي عكسه فيكون اكله البسر والرطب
فيحنث في الصورتين وان كان لاحدهما غالبا والاخر مغلوبا لان ذلك لو ميزه فاكله
حنث بالاتفاق فكذا اذا اكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه
ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة واشار المصنف رحمه الله الي
الجواب عنه بقوله وكل واحد مقصود في الاكل يعني بخلاف صورة اللبن فان اللبن اذا صب

فيه الما

فيه الماء شاع وماع في جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا وهذا لا يري مكانه فلم يكن كل
واحد منهما مقصودا بالشرب وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياسهما صورة النزاع
علي الشراء وهو ظاهر وقوله ولو حلف لا يشتري رطبا كالبيان للمسئلة المتقدمة
وهو ظاهر ومن حلف لا ياكل لحما فاكل السمك لم يحنث والاصل فيه ان اللفظ اذا تناول
افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم لا
والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف وقال المصنف لا دم
فيه جعله بمنزلة العدم ولكونه يسكن الماء كان معني اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت
اللفظ المطلق وموضعه اصول الفقه وان اكل لحم خنزير او انسان حنث لانه لحم حقيقي
الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام واعترض بان الكفارة فيها معني العبادة
فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف
يعلق وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة تجب بعد يمين تنعقد
بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بامر مباح او حرام لا مدخل له في ذلك اشار الي هذا
بقوله واليمين قد يعقد للمنع من الحرام وقوله وكذا ان اكل كبدا ظاهر وقوله ومن حلف
لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتي يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان من باب
لبس وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه علي اكل حنطة لا بعينها ينبغي
الجواب علي قولهما كالجواب عنده بما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في بيان الاصل وهذه
المسئلة علي اوجه احدها ان ينوي ان لا ياكلها حبا كما هي فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث
بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا ياكل ما يتخذ منها
لا يحنث باكل عينها لذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند
ابي حنيفة وحنث عندهما خلافا لهما والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه علي ان
الحقيقة المستعملة عنده اولي من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه اصول الفقه
ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول فكان
الحقيقة متعذرة فيصار الي المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه اي اكله من غير مضغ
لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ مشايخنا انه يحنث لانه اكل
الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان عين الدقيق ماكول
والاصح انه لا يحنث لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الي ما يتخذ منه للعرف
سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبده حر فزني بها لم يحنث لان يمينه
لما انصرفت الي العقد لم يتناول حقيقة الوطي وقوله ولو حلف لا ياكل خبزا علي ما ذكره
ظاهر وطبرستان هي امل وولايتها وقيل اصلها طبرستان لان اهلها يحاربون بالطبر
وهو الفاس فعربوه الي طبرستان وقوله ومن حلف لا ياكل الشوي ظاهر وقوله
وهذا لان التعميم متعذر لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين انه لم يرد ذلك
فيصرف الي خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء فاما لو اتخذ قلية يقولونها بالماء لا الي
القلية اليابسة لا تسمي مطبوخا فلا يحنث باكلها ومن حلف لا ياكل الرؤوس فيمينه علي
ما يكبس في التنانير اي يطم به التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل راسه في جيبه
قميصه اذا ادخله فيه ويباع في المصر لان راس الجراد راس حقيقة وليس بمراد

فيصرف الى المجاز المتعارف وفرع في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض على هذا
بان لحم الانسان والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا ياكل لحما
واجيب بما حاصله الفرق بان الراس غير ماكول بجميع اجزايه لان منها العظم فكانت
الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق
واما اللحم فيوكل بجميع اجزايه فكانت الحقيقة ممكنة فلا يترك فيحنث باكل لحم الانسان
والخنزير فان قيل الحقيقة ان لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعا والمهجور
شرعا هو الذي لا يكون شي من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبي وها هنا ليس
كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشرى فان الراس يشتري بجميع اجزايه فلم يكن
الحقيقة متعذرة واجيب بان من الرووس ما لا يجوز اضافة الشرا اليه كراس النمل
والذباب والادمي فكانت متعذرة ومن حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثا
او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا حنث
في العنب والرطب والرمان ايضا يعني لا في القثا والخيار فكانت المسلة على ثلاثة اوجه
في وجه يحنث بالاتفاق وهو ان يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان
ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثا
لانه يوكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم يكن له نية
وكلامه ظاهر الا ما نذكره فقوله زيادة على المعتاد اي على الغذا الاصلي حتى يسمى النار فاكهة والمزاح
فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها **وقوله** والرطب واليابس فيه سوا يعني انه ما كان فاكهة
لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشيا لا تعد فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك
وقوله لانهما من البقول بيعا فان بايع البقول هو الذي يبيعها لا غير واما اكلا فانهما يوضعا
على الموايد حيث يوضع النعناع والبصل **وقوله** ان هذه الاشيا مما يتغذى بها يعني
العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من
الاقوات كيابس العنب فالتوابل جمع التابل بفتح البا وكسرها والاصل في هذا ان اللفظ اذا اطلق على
افراد بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في خصوصة
النقصان في اللحم **قال** رحمه الله ولو حلف لا يأتدم فكل شي اصطبغ به فهو ادام اصطبغ
على بنا المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ وبقال اصطبغ وفي الخل ولا يقال
اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف لا يأتدم اي لا ياكل اداما فكل شي اصطبغ به فهو ادام ولا ينعكس
فالخل والزيت واللبن والزبد والملح ادام والشوا ليس بادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
في رواية الاصل وقال محمد ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهذا رواية عن ابي يوسف وحاصل
ذلك على ثلاثة اوجه ما يصطبغ به فهو الادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها
مما يوكل وحدها غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض والجبن خلاف جعلها محمد رحمه
الله اداما خلافا لهما لمحمد ان الادام من المواد مة وهي الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز موافق
له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يوكل تبعا في العرف والعاده والتبعية على نوعين
حقيقيه وذلك في الاختلاط ليكون قايما به وحكميه وهي ان لا يوكل على الانفراد واللحم
لا يختلط فيكون تبعا حقيقة ويوكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما **وقوله** وتمام
الموافقة بالامتزاج جواب عن قوله لان الادام من المواد مة يعني سلمناه ولكن المواد مة

التامة الكاملة في الامتزاج ايضا ولم يوجد في هذه الاشيا الا ان ينويه لما فيه من التشديد به
بخلاف الخل وغيره من المايعات فانها لا يوكل معها وحدها بل يشرب والملح لا يوكل وحده ويذوب
فيتبع فكان اداما والعنب والبطيخ ليس بادام يعني بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كما ذكره شمس الايمة
السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف **وقوله** واذا حلف لا يتغدى فالغدا
الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغدا والعشا
والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغدا اسم لطعام الغداة لا اسم اكله **وقوله** ولهذا سمي
الظهر احد صلاة العشا في الحديث ذكر في الايضاح في باب الحلف على الغدا فقال فانه ورد في الخبر
ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى احد صلاتي العشا ركعتين يريد به الراوي الظهر او العصر
وقوله ويعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم يعني اذا كان يتخذ الخبز او ان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري
اذا حلف على ترك الغدا فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غدا في البادية **وقوله**
ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف وهو صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين
يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال
عنيت شيا دون شي لم يصدق قضا ولا ديانة لان النية انما تصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض
محتملات اللفظ وما نفاه غير ملفوظ فلا تصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ
نصا ليس انه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ اجاب بقوله والمقتضى لا عموم
له فلغت نية التخصيص فيه فان قيل المقتضى امر شرعي وافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك
لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلت يجوز ان يكون المصنف اختار ما اختاره بعض
المحققين من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة
اللفظ اعم من ان يكون شرعا او عقليا فان قيل لو سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا
قال ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظا
وبينه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى ان لا يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة
مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو ساكنه معه في الدار لا يحنث اجيب بان الاولى ممنوعة
منعها القاضي ابو الهيثم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي القمي رحمهم الله ولئن سلم
فقوله ان خرجت ولا يساكن فلانا لا بد لان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح
النفي والاول في معناه فيهما ولا يعمومها عدة من الخروج والسفر تخصيصهما الا انه خلاف
الظاهر فلا يدين في القضا ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع كرعا
اي حتى يضع فاه على دجلة نفسها ويشرب يقال كرع الرجل في الما اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه
ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكارعها والكراع مستدق
الساق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة
اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس لما كان المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قول
اهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من ماءها واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس
يكرعون من الانهار والاودية وقد قال صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات
في شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لا نسلم ان الحنث في الكرع باعتبار
كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان
وحينئذ يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب ان

الضمير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعمله
فلا يصير اليه وقوله ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة ظاهر قال رحمه الله ومن قال ان
لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته
طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث علم عدم الماء في الكوز او لم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق
قبل الليل لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف حنث في هذا كله اي فيما
كان فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما
بان البر متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا
واجيب بان البر انما يجب في هذه الصورة في اخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه
غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان ولو كانت
اليمين مطلقة يعني عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول يعني فيما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث
عندهما وعنده يحنث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ان يكون فيه ماء فاهريق يحنث في قولهم
جميعا فابو يوسف فرق في الوجه الاول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم
وبين الموقت به فقال في المطلق انه يحنث في الحال وفي الموقت يتوقف حنثه الى اخر اليوم الى
غيبوبة الشمس ووجهه ما ذكر ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في اخر الوقت
فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا بد موقته بوقت ممتد يتعين
الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم في جزء منه ويتعين اخره وفي المطلق
يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال كذا في بعض الشروح وقال في النهاية فابو يوسف فرق
بين المطلق والموقت اي في مسئلة الوجه الثاني وهو ما اذا كان في الكوز ماء فاهريق قبل الليل
فقال في المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفي الموقت لا يحنث في الحال
بل يتوقف حنثه الى اخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقت يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب
واشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الا ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف واشار بقوله
كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها
وقوله ومن حلف ليصعدن السماء على ما ذكره ظاهر واعترض بان تصور البر لو كان كافيا
في حلفه الكفارة لوجبت في الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي وقد
فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم واجيب بان تصور البر في الغموس بان يجعل الفعل الذي لم
يوجد موجودا منه وهو مستحيل وقوله واذا كان متصورا ينعقد اليمين انما كان كذلك
لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله وايجاب الله يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف
الا ترى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم يكن قدرة لكان التصور والخلف فكذلك هاهنا
حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل
الجامع الذي يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين في الطلاق والعتق والبيع والشراء
واليمين في الحج والصوم والصلاة من انواع الكلام فذكر الجنس مقدما على ذكر النوع ومن حلف
لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكلم
عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير

امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه
ولم يكن مانع من اسماع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح
وقوله المتغافلة اي لغفلته وقوله وفي بعض روايات المبسوط يريد ما روي في رواية
فناداه وايقظه يحنث في يمينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر في بعض
الروايات فناداه او ايقظه وهذه تدل على انه متى ناداه يحنث لو كان يقظان يسمع صوته
حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسي والاظهر انه لا يحنث واليه اشار بقوله وعليه
مشايخنا والوجه ما ذكره في الكتاب ولو حلف لا يكلمه الا باذنه ظاهر وقوله وانه يتم بالاذن
كالرضى يعني انه اذا حلف لا يكلم الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث
لان الرضى يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالاذن قلنا الرضى من اعمال القلب فيتم بالراضي ولا كذلك الاذن
على ما مر انه مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد
واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا اذا اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير
ماذونا فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع في الاذن واجيب بان الاذن هاهنا فك الحجر حق
العبد والعبد يتصرف باهليه نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن واما في اليمين فالمحرم كلامه
باليمين لا عند الاذن فصار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو مبني على
تخصيص العلة وامره واضح عند الاصوليين لو حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر
تابد اليمين لان ما في اليمين صالح لحلية البراء حرف وكان من اجزاء الليل والنهار اذا كان كذلك وقد وقعت
النكرة في سياق النفي كان اليمين مابدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه
في الحال بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين اما لانه نكرة في سياق الاثبات
واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح ان يكون محلا للصوم فكان ذكره
لتقدير الصوم به وانه منكر فاليه تعيينه وقوله وان حلف لا يتكلم فقرا القران واضح يوم
اكلم فلانا هاهنا ثلاث عبارات نهارا اكلم فلانا وليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاولى لبياض
الزمان خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وما استعماله
في مطلق الوقت وما جاء في قول الشاعر

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ° ليالي لاقينا الجذام وحميرا

مراد به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع وذكر
احد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر وذلك اصل الحكم من مما نحن فيه
والثالثة تعتبر بما قرن به ان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم
يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار خاصة صدقا
في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا قال الله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة والمراد به
بياض النهار وقوله لانه غاية اما في كلمة حتى فظاهر واما في الا ان فلما تقدم من مناسبة معنى
الاستثناء معنى الغاية وكونه مجاز الغاية وقوله فان مات فلان يعني الذي استند اليه القدوم
والاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة الحياة ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل
اليمين فالجواب ان اليمين انعقدت على القدوم والاذن في حياته القائمة لا المعادة بعد موته
ومع عدم المعادة لا يحنث له ولهذا قلنا اذا قال لا قتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا
ينعقد اليمين لانها وقعت على الحياة القائمة قال رحمه الله ومن حلف لا يكلم عبد فلان

اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة اولا وكل منهما اما ان يكون الاضافة ملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في اضافة الملك بالاتفاق وكذا في اضافة النسبة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد يعتبر وجود النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاعتاق وكذا اذا خلع امراته او عادى صديقه يقع عنده وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لا يشترط دوامه للاستغنا عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه اي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه وجه ما ذكرها هنا يعني لعدم الحنث وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر قول ابي يوسف قوله وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة رحمه الله انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه اي كل واحد من المراة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل ان يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان او امراة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد حنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتعرّف الاضافة للتعريف وما هو للتعريف بلغو عند وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عليه عبيد فاعتبرنا الاشارة ولغت الاضافة وصار كالعبد والمراة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل المعنى يعني في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف اليه ايضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمراة يجوز ان يهجر لذاتها للشوم كما جا في الحديث واجيب بان ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان لظاهر **قوله** وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا الحنث اذا حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغو اذا لم يكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على ما مر وهذه من قبل يعني في اول باب اليمين في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين **فصل** لما كانت المسايل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا ومن حلف لا يكلم فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان ولا نية له على شي من الوقت فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين اي كل ستة اشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فينصرف اليه هذا اذا لم يكن له نية **وقوله** وهذا اي الانصراف الى ستة اشهر لان القصير لا يقصد

بالمنع

بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان من اراد ذلك يقول ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تابد اليمين بحيث ذكر لا بد له من فايدة سوى المستفادة عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فايدة فتعين الاوسط **وقوله** وكذا الزمان لظاهر **وقوله** وكذا الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعني يقع على ستة اشهر المعرف والمنكر سوا وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر **وقوله** هو الصحيح احتراز عن رواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا ادري على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا واما ان يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله اما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او ايا ما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفة ايضا في دهور منكر بثلاثة منها فكل دهر ستة اشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد اجيب بان ذلك تفريع المسالة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه ان يقول في التعيين المنكر منه ثلاثة اشهر كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه ان معرفة يقع على العبد بخلاف الحين والزمان ويقال دهري لمن قال بالدهر وانكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما يهلكنا الا الدهر وقال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع **وقوله** ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما يطلق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النسا حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النسا وعندهما ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهودة في عرف الناس ايام الاسبوع فكانت مرادة وفي الشهور لا معهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الى جميع العمر **وقوله** لانه يدور عليها قيل لان المشهور زيد وعمر على اثني عشر وكان القياس ان يقول لا يتناهد ويدور عليه كما او له بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني **وقوله** ومن قال لعبده ظاهر **وقوله** وقيل لو كانت اليمين بالفارسية يعني مثلا ان يقول اگر خدمت كني مرا روزهاي بسيار تو آزادي

الجمع

اذا خدم سبعة ايام ينبغي ان يعتق لان في لساننا يستعمله في جميع الاعداد لفظ روز فلا يحمل ما قال ابو
حنيفة في العربية من انه النقط الجمع الى العشرة فلذلك اريد في العربية اكثر ما ينطلق عليه اسم
الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام بل يقال احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم وقيل في تعليل
المصنف نظر لان لفظ العوجه بالفارسي اما ان يفهم منه معنى الجمع او لا فان فهم ينبغي ان يكون
العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي ان لا يكون الاسبوع مرادا ايضا ويمكن ان يجاب عنه
بانه يفهم منه معنى الجمع قوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي
وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود او لعدم القائل بالفصل

باب اليمين في العتق والطلاق

فذه مر هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامه اهم من غيره ومن
قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولو قال ذلك لامته وعلق
به الحرية عتقت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا
وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا عرفا لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره
ولدا حتى ينقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال
اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق
واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا ان الموجود مولود الى اخره لكن الميت لما لم
يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء كما لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار
بعد ما ابانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء **وقوله** ولابي حنيفة ان مطلق الاسم
الولد يتقيد بوصف الحياة يعني ان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة دلالة
لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد
بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه اي الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائهما عن حياة الولد فلم الشرط
الا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر
فاشترى عبدا لغيره انحلت اليمين حتى اذا اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع انه
جعل اشترى العبد شرط الحرية وعبد الغير ليس محلا للحرية عن المشتري لعدم ملكه واجيب
بان الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحياة الى اضمار الحياة
لان الحرية بدون الحياة لا يتصور اصلا وفي ملك الغير يتصور بوقوفه على الاجازة فلا يلزم
وجوب اضمار الحياة اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتريه فهو حر على ما ذكر في الكتاب ظاهر
وكذا قوله اول عبد اشتريه وحده وهو من مسائل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال اول
عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى اخر لا يعتق الثالث مع ان معنى التفرد
فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضي لفظ المشاركة في الذات ووحده يقتضيه في
الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه فيها
صبي او امراة وكذب في ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا قال واحدا انه اضاف
العتق الى اول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد امرا زائدا على ما افاده لفظ اول فكان كحكمه
واذا قال وحده فقد اضاف العتق الى اول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة
فيعتق **وقوله** وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر واضح **وقوله** ويعتبر من جميع
المال يعني اذا كان اشتراه في الصحة **وقوله** حتى يعتبر من ثلث المال يعني على كل حال لان

شرط

شرط العتق الحرية العبد المشتري ولا يثبت الا بعد من شرى غيره بعده وعدم شرى غيره يتحقق
بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف وتقريره
انه لما اشترى الثاني بعد الاول يثبت صفة الاخرية فيه لكن كانت بعرضية ان يزول بشراء غيره فلا يحكم
بعتقه ما لم يتيقن فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الاخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت
كما لو قال لامته اذا حضت فانت حرة فرأت الدم لا تعتق لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلاثة ايام
فان استمر بها الدم عتقت من حين رأت الدم لانه تبين انه ما رأته كان حيضا من حين رأت الدم الى هذا
اشار الامام السرخسي ذكره في النهاية وفيه تسامح لانه ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل
به من باب التبيين ويجوز ان يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في
ذلك سواء **وقوله** وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به اي بوصف الاخرية كما اذا قال اخر
امرأة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات عنها عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى
يستحق الميراث وعند ابي حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا يستحقه وفائدة التقييد بالثلث
جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فانه به يكون الزوج فارا فترث المرأة عندهما **قال** رحمه الله ومن
قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر البشارة اسم لخبر غائب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون
بالشر الا انه في العرف يستعمل فيما يسر وبتغير البشرة ويتحقق من واحد واكثر فاذا قال كل عبد
بشرني بولادة فلانة فبشره ثلاثة فان اخبروه معا عتقوا لان البشارة حصلت منهم قال
الله تعالى وبشروه بغلام عليم وان اخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان
البشارة حصلت منه وبعضده ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود رضي الله عنه
وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه
عمر وابو بكر رضي الله عنهما للبشارة فسبقه ابو بكر عمر بها فكان ابن مسعود رضي الله عنه اذا ذكر
ذلك يقول بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به
كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة
العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لا علته فلا يكون
مقيدا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين اجزأه عن الكفارة وان اشترى اباه ينوي به
كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو قول ابي حنيفة الاول ووجه قولهم
ان النية يشترط عند العلة والشراء شرط العتق لا علته وانما العلة هي القرابة
فلا يفيد النية عند الشراء وهذا اي كون الشراء شرطا لا علة ان الشراء اثبات الملك وهو ظاهر
والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء اعتاقا ولنا ان شراء القريب
اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه
وقوله ووجه الاستدلال ان ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره
وصار نظير قوله سقاه فارواه جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي
التراخي بزمان وان لطف فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا عطف على فعل اخر بالفاء
كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه وسقاه فارواه
اي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو ان شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب او لا فان
اثبته لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم لا يقال شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة

ثلاثة ايام صح

لحاجة صح

نوع صح

حكمه صح

٥

وكون ثبوت الشي ازالة محال بالبديهة ولا يقال شرا القريب اعتاق بواسطة موجبة وهو ثبوت الملك
لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون مثبت الشي ونفس ثبوته ازالة له والجواب ان قولهم ثبوت
الملك في القريب اعتاق ومعناه ان الشرع اخرج القريب عن محلية الملك بقا كما انه اخرج الحر عن
عن محليته ابتدا وبقا وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلو لم يقل بثبوت الملك ابتدا لم يتصور
زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فانها تعتق
لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا يضاف الى اليمين من كل وجه
والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه ولقايل ان يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة
كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالها لم يعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق
كما عتق القريب والجواب ان الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة
الاستيلاد والشرى فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة
القريب جهة تجزيه سوى الشرا فاذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه
وقوله بخلاف ما اذا قال لقنه ظاهر **قال** رحمه الله ومن قال ان تسريت جارية
فهي حرة معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع والاخفا لان
الانسان يسره وانما ضمت سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى الدهر
دهري بضم الدال للمعمر والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد او لم يطلب عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطيها وعزل
عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة
سوا كان بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت
في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل من عقد في حقه اليمين اذا وجد
الشرط فيه يترتب عليه الجزا **وقوله** وهذا لان الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقها
وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول التسري لا يصح الا في
الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج
مذكورا فان قال قيل هذا قول بالاقتضا وزفر لا يقول بالاقتضا اجيب بان اثبات
الملك هاهنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضا والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما
من اللفظ بلا تامل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وساير الافعال المودية
مفهوما من النهي عن التافيف ولا كذلك المقتضي لان المقتضي لا يفهم من ذكر المقتضي شرا اذا
قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تامل فلما كان الملك مفهوما
من التسري بلا تامل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضا هكذا ذكره
صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق
صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتافيف بواسطة الاذا ولهذا ذهب بعض اصحابنا
واصحاب الشافعي الى ان الدلالة قياس لوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من
التسري ليس كذلك واقول هذه الالفاظ تستعمل في العرف عن زفر ولم يقل بالاقتضا
كان منا قضا فكفينا مونة الجواب عنه ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري
وتقديره سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضا ضرورة صحة التسري لكونه
شرطا وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزا وهو الحرية

لانها

لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضا **وقوله** وفي مسلة الطلاق جواب عن قوله
كما اذا قال لاجنبية وتقريره وما ذكرت من المسلة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه ثبت
فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزا حتى لو قال
لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسلتنا من
حيث ان في كل منهما ثبت شرط الشرط تصحيحا للشرط ولا يتعدى الى صحة الجزا واما وزان
مسئلة زفر فهو ان يقول ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسرى بها
فعتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد ومن قال كل
مملوك لي حر عتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هولا
يعني ان كل واحد من هولا في الاضافة الى نفسه بقوله لي كامل اذ الملك ثابت فيهم رقبة
واذا كانوا كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون وان قال اردت الرجال خاصة صدق ديانة
اما انه لا يصدق فيه ديانة فلان لفظ المملوك وضع للمذكور واما عدم تصديقه قضا فلانهم عند
الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث لغت نيته ولو قال لم انو المدبرين
لم يصدق في القضا على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضا ولا ديانة على رواية كتاب
الايمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا
لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام
الولد والمدبر واختلت الاضافة فلا بد من النية **وقوله** ومن قال لنسوة له هذه
طالق او هذه وهذه على ما ذكره في الكتاب ظاهر **وقوله** فيختص بمحله اي بمحل الحكم
وهو المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من وقع
عليه الحكم يصح ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه
الحكم كما في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم احد الاخرين
لم يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع
بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال هذه طالق او هاتان فحينيذ كان هو مخيرا في الطلاق
والعتاق وان شا اوقع على الاولى وان شا اوقع على الاخريين واجيب بان هذا الذي ذكرته
هو رواية ابن سماعة عن محمد فاما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب
ظاهر الرواية والفرق في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا في ان الثالث
معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسلة الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيين
تنا ولت احدهما نكرة الا ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع
الاثبات تخص فيتنا ول احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كانه قال احديكما طالق وهذه
ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في مسلة الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله ولا تطع
منهم اثما او كفورا فصار كانه قال والله فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو وصار كانه قال ولا هذين ولو نص على
هذا كان الحكم هكذا فكذا هنا والله اعلم

باب اليمين في البيع والشرا والتزوج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات
في الايمان اكثر الوقوع بالنسبة الى ما بعده اي ما بعد الباب فلذلك قدمه قال في النهاية
ثم الضابط في هذه التصرفات باصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المامور وفيما لا يحنث
شيان احدهما ان كل فعل يرجع الحقوق الى من وقع حكم الفعل له يحنث والثاني ان كل فعل يحتمل

حكم الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المامور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث وقيل
كما يستغني عن هذه الاضافة يحنث والفقه في ذلك ان العقد متى رجعت حقوقه يرجعان
اليه ومتى رجعت حقوقها الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي
من رجوع الحقوق اليه ومتى لا ترجع اليه فلا يحنث ثم ما يحنث الحالف بمباشرة المامور النكاح ن
والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب
العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان
الحالف كما يحنث بها بفعل نفسه يحنث ايضا بفعل المامور واما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المامور
فهو البيع والشرا والاجاره والاستيجار والصلح عن المال ولذلك القسمة ومن المشايخ من الحق
الخصومة بهذا القسم واذا عرف هذا ظهر معنى كلامه الا الفاظا ننبه عليها **وقوله** الا ان ينوي
استثنا متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث الا ان ينوي ان لا يامر غيره ايضا فحينئذ يحنث
وقوله او يكون الحالف ذا سلطان يعني الى باشر المامور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه
عما يعتاده وبعتاده الامر بالغير فلما امر غيره وفعل المامور حنث ومع ذلك لو فعل بنفسه حنث
ايضا لوجود البيع عنه حقيقة **وقوله** لان المالك له ولاية ضرب عبده فيلوح الى انه لو
حلف على ضرب حر فامر غيره بذلك فضربه المامور لم يحنث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره
عليه فيه **وقوله** ووجه الفرق هو الفرق الموعود بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى
الخصوص في العموم يصدق ديانة لا قضا لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى
الحقيقة المستعملة صدق ديانة لا قضاود بانه وان كان في ذلك تخفيف عليه لان الكلام
تصرف الى حقيقة بغير نية فاذا وجد النية كان لصرفه اليها اولى **وقوله** لان منفعة
ضرب الولد عايدة اليه اي الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التادب والمعنى
وقوله ومن قال له ان بعت لك هذا الثوب على ما ذكره في الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الاختصاص
اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله او يتاخر عن المفعول وعلى
التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص
العين به وشرطها كونها مملوكة له سواكان الفعل وقع لاجله او لم يقع وان لم يحتملها لا يفترق
الحكم في الوجهين اي في التوسط والتاخر بل يحنث اذا فعل له سواكان بامره او بغير امره
لان الفعل اذا لم يكن يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سوا
فتعين ان يكون اللام لاختصاص اليمين صونا للكلام عن الالغا ومعنى دين اخفي والمراد بالغلام
واما العبد كما ذكره في الجامع الصغير لقاضي خان واما الولد كما ذكره في الفوايد الظهيرية
وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فامر غيره
بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف قبيل هذا ومن الشارحين من وجه
الاول بان المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق ترجع بها الوكيل الى الحقه
من العهدة على الموكل وليس للضرب شي من ذلك فكان كالاكل والشرب واجاب عن المسلة
المذكورة بان محمدا لم يذكرها وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطية له فانه ذكر انه لا حقوق
له يرجع الى المامور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة **قال** رحمه الله ومن قال هذا
العبد حر ان بعته فباعه ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه
عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قايم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه

بالاتفاق

بالاتفاق فمن الجزا قيل لو كان البيع غير افادة الحكم كما في الوقوع ما علق به لكان لذلك
فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزا وليس كذلك واجيب
بان جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح مع المنافي لانه رق والانسانية تنافيه فاذا
كان النكاح فاسدا اعتضد فساده بما يخالف الدليل فيرجح جانب العدم فصار كانه لم يكن
بخلاف البيع فانه منافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم
وان قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق ايضا لان ان
الشرط قد تحقق وهو الشرا والملك قايم فيه وهذا على اصلهما فيه لان خيار المشتري لا يمنع
ثبوت الملك له عندهما وكذا على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز
ولو نجز العتق بعد الشرا بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق
ورد بان التنجيز لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة
التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال واجيب بان المعلق العتق يحتاط في تحليله
وهو ممكن بايقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يوخر الى مضي مدة الخيار وطولب ها هنا
بين فرقا ما نحن فيه من المسلة وبينها والخيار للبايع فانه قد اشتراه ولم يعتق عليه
وفرق بين ما نحن فيه من المسله وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم
يسقط الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للمشتري فيمكن
من اسقاطه ومتى كان الخيار للبايع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانيين فلا يعتق عليه ما لم يسقط
واما في الايجاب المعلق فانه يصير قايلا عند وجود الشرط انت حر فيسقط الخيار ضرورة
لوجود ما يختص بالملك ووضع المسلة في البيع بشرط الخيار يفيد ان البيع اذا كان تاما لا يعتق
وان وجد البيع بنا على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد
عن ملكه والجزا لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه ومن قال ان
لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته طالق فاعتق او دبر طلقت امراته لان الشرط
قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وهذا في اعتاق العبد ظاهر واما في التدبير
والامة فلا بد من بيان لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز
ان ترتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب وذلك ان الكلام في المدبر ما دام مدبرا واذا قضى
القاضي بجواز بيعه بفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية
انما كان باعتبار بقا التدبير وهذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد ان فوات المحلية يبقا
التدبير والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية فكان الواجب ان لا يقع الطلاق والاولى
في البيان ان يقال بيع المدبر لا يجوز فان الظاهر ان المسلم لا يقدم عليه فان اقدم فالظاهر
ان القاضي لا يقدم على القضا بما لا يجوز وبيع ذلك فالاصل عدم ما يجدث فكان عدم فوات
المحلية بنا على جواز القضا بنيعه مخالف للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا واما الامة
فان من مشايخنا من قال لا تطلق امراته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الملك وقد
انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير **وقوله** ولو قالت المراة لزوجها ظاهر **وقوله**
لانه زاد على حرف الجواب اي صلة لانه لو اراد الجواب المطلق لقال ان فعلت فهي طالق
فلما ذكر كلمة كل دل على ان مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب
فكان مبتدا **وقوله** وقد يكون غرضه ايحاشها جواب عن قوله بان الغرض ارضا

هر

وها

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها وانما
ماخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسايل هذا الفصل على ثلاثة اوجه وفي وجه يلزمه اما
حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شي كذلك وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه
الاول ففيما اذا قال علي المشي لبيت الله او الكعبة او مكة وفي رواية النوادر او الى مكة سوا
كان في الكعبة او في مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر فان كان بها واختار
الحج يحرم من الحرم ويخرج الى العرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة يخرج الى التنعيم
ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال
بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله وانما
المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه للاحرام
فكان مشيا الى بيت الله والقياس ان لا يلزمه بهذا النذر شي لانه التزم ما ليس بقربة واجبة
لان المشي امر مباح ولا مقصود في الاصل يعني لذاته لان المقصود منه شي اخر لا نفسه فكان
القياس ان يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف اما الاثر فما قال محمد رحمه الله
في الاصل بلغنا على بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب
وذبح شاة لركوبه كذا في بعض الشروح وليس مطابق لما نحن فيه لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل
على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال الاخرون روي عن علي رضي الله عنه
انه اجاب في هذه المسلة بان عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخي رحمه الله في شرحه
ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم
بحج او عمرة واما العرف فما ذكره في الكتاب ان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ
فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب واراق دما فله ذلك على
ما ذكر في المناسك وايجاب الحج او العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب
وارادة المسبب ولهذا لم نفرق بين ان يكون النواذر في الكعبة او في غيرها فانه يقبل
فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب
بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب
الحطيم بثوبه وانما يجب هذا النوع لحكمه لكون هذا اللفظ عبارة عنه لحسب
بان الحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة
حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه
لايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لا جاعد على ذلك للتعارف
وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز والاولى ان يقال هذه اللفظة في العرف
تستعمل للحج او العمرة ماشيا لان الحقيقة مراده بلفظه ومجازه بمعناه واما الوجه
الثاني ففيما اذا قال علي الخروج او الذهاب او السعي او السفر او الركوب او الاتيان الى
بيت الله والمشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شي لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا
على القياس واما الوجه الثالث ففيما اذا قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو
حنيفة رحمه الله لا شي عليه كما لو قال عليه المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله لزمه حجة او عمرة لان الحرم شامل للبيت وكذلك المسجد الحرام فصار ذكره كذكره

بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير
متعارف حتى يصير مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال لعبده
ان لم احج العام فانت حر **وقوله** لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ابو فضل مسئله السير الكبير
رجلان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امراته والرجل
يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على
نفي شي احاط علم الشاهد به واجاب الامام قاضي خان رحمه الله ان هذه الشهادة شهادة
قامت على امر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح بن الله ولكن قال الامام العلامة
في التحقيق شمس الايمة وفخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة
لان قولهما هذا بيان منهما للاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه بجاز رده
المصنف لافضائه الى الحرج **وقوله** ومن حلف لا يصوم ظاهر **وقوله** لانه يراد به الصوم
التام المعتبر شرعا ورد عليه ما لو قال والله لا اصوم هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب
او بعد الزوال والصح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان
الصوم الشرعي بعد الاكل او بعد الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة قامت على ان المراد
به ليس الصوم الشرعي وهي كون اليمين بعد الاكل او الزوال فانصرف الى الصوم اللغوي وانعقدت
يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف اليه
وقوله ولو حلف لا يصلي ظاهر **وقوله** لا يحنث ما لم يصل ركعتين قيل عليه ينبغي ان لا
يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يات بالقعدة لان الصلاة لا تكون معتبرة بدون
القعدة شرعا وليس بشي لان الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا انما يكون
بالقعدة اشار الى ذلك بتعليله بقوله لانه يراد به الشرع والله اعلم بالصواب

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل اما الان يمين لبس الثياب اكثر وجودا
منه واما لان اليمين به منشروع وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامراته
ان لبست من غزلك فهو هدي اي صدقة انتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح **وقوله**
هو المراد يعني فصار كانه قال ان لبست من قطن ملكه وذلك سبب الى الغزل من قطن
الزوج سبب لملك الزوج لما غزلته **وقوله** ولهذا ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه
يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لان تملك الزوج غزلها
مع ان القطن ليس بمذكور هنا وما ذاك الا باعتبار ان غزل المراة سبب لملك الزوج لما غزلته
في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا وقت الحلف او لم يكن **وقوله** ومن
حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وسكون اللام هو ما يتحلى به النساء من ذهب او فضة او جوهر
واستدل باباحة استعماله للرجال على ان الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان حليا
لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز التختم بالفضة
لهم لقصد الختم والعدم ولم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا وان كان من
ذهب حنث يعني كيف ما كان يعني سواء كان فيه فص او لم يكن قبل الخواتيم لان الذهب مطلقا
والفضة المفضوضة والحالف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسهما او الفضة الغير المفضوضة لا يحنث
بلبسه **وقوله** ولو لبس عقد لولو ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع والتركيب

يقال تاج مرصع بالجوهر **وقوله** حتى سمي به في القران اي بالحلي يريد به قوله تعالى وتستخرجون
منه حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلون فيها من اساور من ذهب ولولوا جعل اللولو حليا
بجعله تفسيرا لقوله يحلون **وقوله** ومن حلف لا ينام على فراش يريد به على فراش بعينه
بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا اخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقته منكرا يحنث
في هذه الصورة ايضا لانه نام على فراش **وقوله** لانه تبع له فلا يعتبر حاجبا بالايشير الى انه لو نزع
ثيابه وطرحه على الارض وجلس عليه لم يحنث لانه حينيذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة
البساط والحصير **وقوله** ولو حلف لا يجلس على سرير ظاهر مما تقدم والله اعلم

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم ذكر وجه المناسبة في الباب المتقدم ومن قال ان ضربتك
فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل مولم يتصل بالبدن وهو لا يتحقق
في الميت لانتفا الايلام به وتوقفه بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث
فهو بر ايوب عليه السلام في يمينه بالضرب هذا الذي ذكر ولم يوجد الايلام لما ان الضغث
عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان وحشيش فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزايه واجيب
بانه جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في خوامراته
تخفيفا عليها العذر من حبايتها على خلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزا الضغث ايلام
على ما ذكر من تفسير الضغث وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان الضغث عبارة عن قبضة
من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزايها فكان حكمه باقيا في شريعتنا ايضا وتمام الكلام فيه في الكشاف
وذكر في شرح الطحاوي ومن حلف ليضربن فلانا مايه سوط فضربه بها ضربة واحدة ان وصل الم
كل سوط اليه بر الايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام **وقوله** ومن يعذب
في القبر جواب عما يقال قولكم الايلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر وقد يتول
العامة احترازا عن قول ابن الحسين الصالحي فان الميت عنده يعذب من غير حياة ولا يشترط
الحياة لتعذيب الميت **وقوله** وكذلك الكسوة يعني ان قال ان كسوتك فعبدي حر فكساه
بعد الموت لا يحنث **وقوله** لانه يراد به اي بالكسوة على تاويل الكسا التمليك عند الاطلاق
ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي بها اي بالكسوة الستر فحينيذ
يحنث لان فيه تسديدا عليه وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس دون التمليك وهو
قول الفقيه ابي الليث ومعناه انه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فالبسه وهو ميت
حنث لان الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك **وقوله** وكذا الكلام والدخول
يعني اذا حلف لا يكلم فلانا او حلف لا يدخل على فلان فكلمه او دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في
يمينه لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته بعد
الموت يزار قبره لا هو فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم اصحاب
القليب حيث سماهم باسمايهم فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني
حقا اجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم **وقوله** ويتحقق ذلك يعني النظير
في الميت الا ترى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا يجوز وان كان مغسولا جازت ومن حلف
لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مولم يتصل بالبدن وقد يتحقق الايلام
في هذه الافعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة وان اوجعها او المها لانه يسمى في العرف ممازحة لا ضربا

وهو

وهو منقول عن الامام فخر الاسلام **وقوله** ومن قال ان لم اقتل فلانا ظاهر وقوله هو الصحيح
احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ما فيه فحلف وقال ان لم اشرب
الما الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق حنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة في رواية اخرى
انه لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الما الموجود في الكوز
والله تعالى ان احدث الما في الكوز فليس هو الما الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الما الذي
اضاف اليه الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان
لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى فاماته الله ماية عام ثم بعثه
وكان ما وقع عليه اليمين متوهما والعادي منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فانا لا نتخذ فيه ...

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من لوازم المقاصد في المعاملات وغيرها اخر اليمين التي تتعلق بها
وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسايل المذكورة فيه بلفظ
القضا والقبض والعدد لان التقاضي سبب القضا والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور
فيه بلفظ القضا والقبض هذا ما قاله الشارحون واقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسايل مبناه
على التقاضي على ما صرح بذكره عند راس كل مسلة والاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها
وان العيب لا يعدم الجنس وان ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد **قال** رحمه الله ومن
حلف ليقضين دينه يعني اذا قال الرجل لدينه والح فحلف غريمه ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون
الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف
بعيد بعيدا وان زاد في التقاضي فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا
او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار
وسياتي في كتاب البيوع **وقوله** فوجد شرط بره يعني قضاء دينه في اليوم وقبض المستحقة
صحيح الا ترى انه لو اشترى بها شيا فاخذها المستحق بقي البيع صحيحا ولو يجب قبض المستحقة لبطل البيع
لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده اي برد ما قضى من الزيوف والنبهرجة او المستحقة البر المتحقق
لان اليمين انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان حولي المكاتب اذا رد البدل
لكونه زيفا او نبهرجا او استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضا الدين فانه ينتقض
برد المقبوض لعيب او استحقاق لان مبناه المقاصة وقد زالت **وقوله** وان وجدها رصاصا
ظاهر **وقوله** وان قضا الدين طريقه المقاصة بيانه انما يقبضه رب الدين يصير مضمونا
عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته
فيلتقيان قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع لان ثمن العبد لمجرد الدين فيكون قضا عن الاول وانما
كان قضا الدين المقاصة لان قضا الدين حقيقة لان القضا يصادف العين وحق صاحب
الدين في وصف الذمة ولهذا قالوا المديون يقضى بامثالها **وقوله** وكان شرط القبض كانه
اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه
ووجهه ان اشتراطه ليكون صاحب هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري لان ماله من الدين
عليه متقررا فيكون مثله فيتقاصان وان وهبها له اي وهب الداين دينه للمديون
لا يبر الحالف لعدم المقاصة لان المحلوف عليه فعله وهو القضا والهبة ليست فعله لانها
اسقاط من صاحب الدين وانما قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكانه اشار بذلك الى انه لم يبر

ولم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف
عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه
نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع الاخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا
جميعا واقول ليسا بنقيضين على اصطلاح اهل المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما
وشان النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز
ان لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضى دينه فقال ان قبضتها منجما حلف لا يقبض دينه درهما
دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث امر مركب
من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف اضاف اضافه اليه وهو اسم
لكل ما له عليه فينصرف اليه والمركب ينتفي بانتفاء جزءه فاذا وجد احدهما دون الاخر لم
يحنث وهاهنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع **وقوله** فان قبض دينه
في وزنين ظاهر ومن تقاضى من غريمه ما تبين فقال لا املك ذلك المقدار فلم
يصدقه فقال ان كان لي الا مائة درهم فامراته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لم
يحنث لما ذكره في الكتاب **وقوله** ولان استثنا المائة استثنا وها بجميع اجزاوها
يعني فكان استثنا الخمسين داخلا تحت استثنا المائة لان الخمسين من اجزا المائة
فلذلك لا يحنث **مسائل متفرقة** اي هذه المسائل التي ذكرها مسائل متفرقة
ومن داب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب في اخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين
على فعل الشي او تركه لا يخلو اما ان يكون موقتة بوقت كيوم وشهر او مطلقة فان كان
الثاني وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك ترك ابدا وان كان على الفعل بر بفعله
مرة على اي وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على
مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فيوجب
عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فان فعله في صورة النفي مرة حنث وان فعله في صورة
الاثبات مرة بر وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت محل الفعل وان
كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع الياس بموته
او بفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة
واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر اي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد
دخل البلد كان للاعلام واجبا حال ولايته خاصة وليس بعلم الالتزام علام حال دخوله وانما
يلزمه ان لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالي وعزله من ظاهر الرواية لان المقصود
منه اي من الاعلام دفع شره اي شر نفس الداعر او شر غيره بزجره فان زجر الوالي اذا زجره
وادبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت في قصده ونيته وهذا المقصود انما
يفيد فايدته اذا كان الوالي قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة تزول بالموت لا محالة
وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف
انه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضا لانه مقيد في الجملة **وقوله** ومن حلف
ان يهب على ما ذكره في الكتاب واضح واختلف اصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال
بثبوته الا انه بالرد ينتقض دفعا للضرر المنة ومنهم قال بثبوته الا انه لعدمه لاحتمال
ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت

على القبول

على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما
ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق قيل
هكذا هذا تفسير الامام فخر الاسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف وفيه نظر لانه لم
يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله اسم لما لا ساق له
ان يساقه رايحة طيبة كالورقة اصطلح عليه الفقها وان لم يثبت في اللغة على ان نفيه في
اللغة موقوف على الاستقرا التام في اوصاف اللغة وهو متعذر وقيل في الضابط بين الورد
والريحان ان ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رايحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت
من الشجر ولورقه رايحة مستلذة فهو ريحان ورد ومن حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى
دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والمشتري ينبني عليه
على الورق لانه اي الورد حقيقة فيه اي في ورق الورد والعرف مقرر له اي لوقوع
اليمين على الحقيقة وفي البنفسج قاض عليه اي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج يقع على عين
البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي لا على دهنه ولكن العرف غير ذلك الحقيقة
من عينه الى دهنه فكان الدهن العرف غالبا وراجحا في اسم البنفسج على حقيقته والله اعلم

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدايرة بين العبادة والعقوبة اورد عقيبها العقوبة
المحضة محاسن الحدود كثيرة لما انها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والا
والاموال سالمة عن الابتذال واما سببها فسبب كل منها ما اضيف اليه حد الزنا حد
القذف وغيرهما واما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهو الحكم
فقد ذكره في الكتاب **وقوله** الانزجار عما يتضرر به العباد يشير الى ان الحدود تشتمل على
مقصد اصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد
وغير اصلي وهو الطهرة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب
عنه لا بالنسبة الى الناس كافة وهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه
باجرا الحد عليه **قال** رحمه الله الزنا يثبت بالبينة والاقرار الزنا يمد ويقصر
فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق
ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه ۝ ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا
وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امراة خالية عن الملكين وشبهتهما
وعن شبهة الاشتباه وتمكين المراة عن ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج
زنا ولهذا يثبت به الغسل وقيد المكلف ليخرج به الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك
النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطي جارية ابنه او مكاتبه
او عبده المادون المديون وبشبهة الاشتباه ما اذا وطي جارية ابيه على ظن انها تحل
له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف رحمه الله والمراد ثبوته عند الامام
وانما قال ذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وان
لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما انحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي
لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك في ساير الحدود الخالصة لقوله تعالى فاذ لم ياتوا
بالشهدا فاولئك عند الله هم الكاذبون **وقوله** معرة مضرة المضرة ضرر ظاهر

بات عراض

ج

الابن صح

على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى باطنه من لحوق العار بانتسابه الزنا
فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر **قوله** ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى
الستر احتراز عن قول من يقول لا اشتراط الاربع لان الزنا لا يثبت الا باثنين وفعل كل واحد
لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين
كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب ان الله تعالى يحب الستر على عباده وشرط
زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر **قوله** وهو اي الستر مندوب اليه قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم من اصاب منكم من هذه القاذورات فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم
ستره الله في الدنيا والاخرة والاشاعة ضده اي اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف
الاشاعة امرا مذموما واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو احتراز عن الغلط في الماهية
وكيف هو احتراز عن الغلط في الكيفية واين زنى احتراز عنه في المكان ومتى زنى احتراز عنه
في الزمان وعمن زنى به احتراز عنه في المفعول به وبنا على وجوب السوال عن هذه
الاشيا النقل والعقل اما الاول فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سال ماعزا
الى ان ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لكونه صريحا في الباب والبا في كنايته واما العقل
فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون ماهية
الزنا الا كيفيته موجودة او زنا في دار الحرب وهو لا يوجب الحد او كانت له في المزنية
شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطي جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا
ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها بيانا لماهيته والميل بها كالميل في المكحلة في بيان
كيفيته وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر
العدالة احتيالا للدرء لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بذلك قال ادروا الحدود ما
استطعتم بخلاف ساير الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله حيث اكتفى فيه بظاهر
العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية نذكره في الشهادات ان شا الله تعالى
قال في الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك
ولا وجه الى اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يشرع فيما بني على الدرء فان
قيل الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير
للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق
بينه وبين المديون سياتي ان شا الله تعالى **قال** رحمه الله والاقرار ان يقر العاقل
البالغ صورة المسلة ظاهرة على ما ذكره **قوله** اعتبارا بساير الحقوق يعني ان في
ساير الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك هاهنا **وقوله** بخلاف
زيادة العدد في الشهادة يعني انها تفيد زيادة في طمانينة القلب وتكرار الكلام ليس
كذلك ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فانه جا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني زنيت
فطهرني فاعرض عنه فجا الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة
قال صلى الله عليه وسلم الآن اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك
باشرتها فابى الا ان يقر بصريح الزنا فسال ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله
هل تنكرون من عقله شيا فقالوا لا فسال عن احصانه فاخبر انه محصن فامر برجمه وعن
ابي هريرة رضي الله عنه قال كنا نتحدث في اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان

ماعزا

ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا
يدل على ان الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال لحديث ماعز ما اشار اليه بقوله
فانه اخر الاقامة وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخر اقامة الحد الى ان تم الاقرار
اربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يوخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة
وتاخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قايل اذا لم يثبت الحد باقراره
مرة واحدة فقد اعترف بوطي لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد
لان العقر والحد لا يجتمعان في وطي واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة
لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت
الحجة وجب الحد وان لم يتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه
استراب في عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون قلنا لا لانه لما اصر على الاقرار ودام على
نهج العقلا قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسوال فقال ابك خبل ابك جنون اجيب اما
تغير الحال فدليل التوبة والخوف من الله لا دليل الجنون وانما قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ابك جنون ليعلم ان المراد به الحد كما قال لعلك وطيتها ليرجع عن الزنى الى الوطي بشبهة
فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روي
ان ابا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما اقر ثلاثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا
العدد كان ظاهرا عندهم **قوله** ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره
ساير الحقوق وتقريره ان ساير الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه اربعة نصابها هاهنا كذلك
لكن
فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في ساير الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى
اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا من انه صلى الله
عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس ولان للاتحاد
المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد تتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار الا
ترى الى ما جا في حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة ولحق
فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين والاقرار قايم بالمقر فيعتبر اتحاد
مجلسه في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد وقيل
يعتبر مجلس القاضي ورده المصنف بقوله دون مجلس القاضي **قوله** والاختلاف
بان يرده القاضي ظاهر **قوله** لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار دليله
ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحد وهي غير موجودة في الاقرار وسياتي بيان
التقادم في باب الشهادة على الزنا **قوله** كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا
يبطل بانكار المشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فيعتبر
احدهما بالاخرى وصار كالقصاص وحد القذف لا يقبل الرجوع بعد الثبوت بالاقرار
قوله فتحققت الشبهة في الاقرار يعني بالتعارض العارض الواقع بين الخبرين المحتملين
للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما **قوله** وهذا اقرب من الاول في المعنى اي قوله
لعلك تزوجتها او وطيتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث ان كل واحد
منهما تلقين للرجوع لما انه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد **فصل في كيفية الحد وا** قامته
ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب اقامة الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه ووقوعا فاخره

ذكراو كلامه واضح **قوله** وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم اي على وجوب الرجم اذا كان
الزاني محصنا وذهب الخوارج الى ان الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد وذلك
حرق منهم للاجماع على ان حديث ماعز مشهور تلقته الامة في الصدر الاول بالقبول والزياده
على الكتاب بمثله جايز **قوله** فاذا امتنع الشهود قال في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم
او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي بعضهم او خرس او جن او ارتدوا او قذف فحدلم يرجم المشهود
عليه في قول ابي حنيفه ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وروي عنه انهم
اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا في الذخيرة ايضا فعلى هذا ما فيده بظاهر
الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الى الحد وليس مختص بقوله فكذا اذا
ماتوا او غابوا انه سقط بامتناع احد منهم هل يحد الشهود او لا ذكر في المبسوط انه لا يقام الحد
على الشهود لانهم ثابتون على الشهاده وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون
رجوعا عن الشهادة عن الزنا واعلم ان ظاهر الروايه يقضي الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبره
فتامل والغامدية امراة من غامد حي من الازد وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس
لغفر له **قوله** الا انه انتسخ في حق المحصن باية اخرى ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
الاية عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ في حق المحصن باية اخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها روى
ابن عباس رضي الله عنهما ان عمر بن الخطاب خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم
بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه اية الرجم فقراناها ووعيناها ورجم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قايل ما نجد اية
الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة قد انزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال
والنسا اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا يقول الناس زاد
عمر في كتاب الله لكتبتها يريد بها الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البته نكالا من الله والله عزيز
حكيم ~~...~~ الى ذهنه فكانه العرف غالبا وراجحا في اسم السعي على حقيقته والله اعلم
وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولم ينكر عليه احد وكان هذه
الاية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن
القلوب لحكمة يعلمها الله **قوله** بسوط لا ثمرة له قال في الصحاح ثمر السياط عقد اطرافها ومنه
يا امر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا كان
له ذلك تصير الضربة ضربتين وهذا اصح لما روي ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان
وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور في الكتب والمبرح
ماخوذ من برح الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبريحا اي تبريحا اي غلظ عليه واشتد والمذاكر
جمع الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع هاهنا مع افراد قرينه
وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم شابت مفارق راسه
كذا في الصحاح **قوله** من دعاه الكفر الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض اي كانوا يدعوا الناس
اليهم **قوله** لانه زيادة على المستحق قالوا الا ان يتجرا بهم على الضرب قايما فلا باس حينئذ ان يشدوا
بسارية ونحوها **قال** رحمه الله وان كان عبدا او امة ان كان من زنى عبدا او امة جلد الامام
خمسين جلدة لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في
الاما ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود ان يدخل النسا تحت حكم الرجال

بطريق النعمة وكان هذا الاسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب السفاح فيهن ودعوتهن
اليه غالبة كما في تقديمهن في قوله تعالى الزانية والزاني ثم العذاب المذكور في الاية الجلد دون
الرجم لانه لا يتنصف **قوله** لان الجناية عند توافر النعم افحش لان اصله قوله تعالى
يا نسا النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين **قوله** لما روينا يعني
من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحد وقياما والنسا قعودا الثندوة
بفتح الاول والواو بالضم والهمز مكان الواو والدال في الحالتين مضمومة ثدي الرجل
ولحم الثديين والهمدانية انما هي بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حي من
العرب **قوله** لما روينا يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى السرة **قوله** والربط
والامساك غير مشروع يعني الا ان يعجزهم كما ذكرناه **قوله** ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم ادفع الى الولاة وذكر منها الحد وقد رواه ابن مسعود رضي الله عنه وابن عباس وابن الزبير
رضي الله عنهم والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفي **قوله** ولان الحد وحق
الله تعالى وحق الله تعالى مشروع بتعلق بنفع العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول ما
لنا وعلينا وقوله على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه مشروع بتعلق به نفع العالم لم
بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها ولهذا يباح
باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المراة ولا لاباحة اهلها وتمام التقرير مذكور في
التقرير **قوله** واحصان الرجم انما قيد الحكم الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف
فانه غير هذا على ما يجي ان شا الله احصان الرجم مشروط بسبع شرايط ان يكون حرا عاقلا
بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا على قول
المتقدمين واما المتاخرون فقد قالوا شرايط الاحصان على الخصوص هاهنا شيان السلام
والدخول بالنكاح الصحيح بامراة هي مثله وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من
ذلك واما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما واما الحرية
فيشترط تكميل العقوبة بشرط تكامل النعمة والمصنف رحمه الله وافق المتاخرين في جعل العقل
والبلوغ شرطا لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل
النعمة لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي تغلظ العقوبات وهذه
الاشيا من جلايل النعم فكفرانها يكون سببا لافحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة الى الموت ليكون
ثبوت الحكم بقدر سببه وانحصر هذه الشرايط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد شرع
عند استجماعها فيناط بها والشرط والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلايل النعم
ايضا الا ان الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالراي متعذر **قوله** ولان الحرية
دليل على الاقتصار على تلك الشرايط يتضمن ان لها مدخلا في الاستغنا عن الزنا دون غيرها
من العلم والعلم والشرف وذلك لان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح لان الحر يتولى امور
نفسه ليس تحت ولاية احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال لا محاله والدخول به
شبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة
عند الزنا والجناية عند توافر الزواجر اغلظ ولقايل ان يقول في العلم باحوال الاخرة
وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا واجلا من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة
مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف مردع عن معرة لحوق الزنا وعقابه فكان الواجب

ان يكون من شرايطه والجواب المسلم الناشي فيما علوا عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا تكون معتبره واما اشتراط كونها على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رحمه الله في روايه مستدلين بما روي في مسند الامام ابن عمر رضي الله عنهما ان اليهود جاوا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامراه زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراه في شان الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فجعل احدهم يده على اية الرجم ثم جعل يقرا ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام رضي الله عنه ارفع يدك فرفعها فاذا فيها اية الرجم فقال صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما فقلنا انه كان بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده ما روي اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنهما من اشرك بالله فليس بمحصن قوله والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه يبنا في ما تقدم من قوله والاصابه بشبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاعه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقي عسيلته بالتصغير قوله وشرط صفة الاحصان فيهما ظاهر وقيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمراه مسلمة واجيب بانه يتصور بان يكونا كافرين فاسلمت المراه ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء بعد عرض الاسلام فهما زوجان وقد مر وابو يوسف يخالفهما في الكافره اي في ان اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحه الكافره يصير محصنا والحجة عليه اي على ابي يوسف ما ذكرناه يعني من قوله ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين قوله وقوله عليه السلام معطوف على قوله ما ذكرناه لا يحصن المسلم اليهوديه ولا النصرانيه ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ذكره شمس الايمة السرخسي مرسلا في مبسوطه قال رحمه الله ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفيه رواية احمد يجمع بينهما لما روي عباده بن الصامت رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد ماية ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد ماية ونفي سنة ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده رضي الله عنهم وحديث عبادة بيان لقوله تعالى او يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا قوله الجلد ظاهر قوله والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا نفي الرجل والمراه جميعا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد ماية وتغريب عام ولان التغريب من الجلد فكما ان الرجل والمراه في حق الجلد سوا فكذلك في حق التغريب ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحبا والحبيبات لان الزنا انما ينشا من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لذلك ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفا او رجوعا نصب على المصدر ومعناه ان الفا الجزا واذا ذكر الجزا بعد الشرط بالفاء لاستغراق كلامهم انه هو الجزا الاترى اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزا الشرط الا ما هو المذكور بعد الفا قوله او الى كل المذكور اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكر كل ما يحتاج اليه في البيان فلو نفي شي يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجه

والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز قوله ولان في التغريب ظاهر قوله فتح بابه اي في التغريب قطع مواد البقا يعني ما يحتاج اليه من الماكول والملبوس فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا لا زيادة شهرة قوله وهذه الجهة مرجحة لقول علي بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لصحة ما قلنا ووجه الكسر ان الخصم ينكر صحة نقل قول علي رضي الله عنه فقال المصنف هذه الجهة من جهة العلة يؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكاة فاعلون وفي الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل ان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة اجيب بان هذه الجهة ليست علة للحد بل هي نافية مع ان المنفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل موضحا بعضها بعضا وما اري اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية قوله والحديث يعني قوله البكر بالبكر جلد ماية وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد ماية ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قيل يعني في طريقه الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يتعين ان الناسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم الزنا في الابتدا كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذا باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على ان الحديث متقدم على قوله تعالى الزانية والزاني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله تعالى الزانية والزاني لقال عليه السلام خذوا عن الله وهذه الدلالة المتقدمة ها هنا مثل دلالة المتقدم في حديث العرنيين واليه اشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه اي دل في حديث العرنيين دال على انه متقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جوار انتليه فكذلك ها هنا دال على ان الحديث متقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرنا هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين قوله الا ان يرى ذلك مصلحة استثنا من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راى الامام تغريب الزاني مصلحة له عارية فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه للامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قايلة تقول

هل من سبيل الى خمر فاشربها ... او هل سبيل الى نصر بن حجاج

الى فتى ماجد الاعراق مقتبل ... سهل المحيا كريم غير ملجاج

فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ما ذنبي يا امير المومنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان رضي الله عنه جلد رابيا ونفاه الى مصر وعلي جلد ونفى ثم قال بالنفي وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير قوله واذا زنا المريض الحرة ظاهر قوله فان الغامدية روي ان الغامدية رضي الله عنها لما اقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت تاببا واقرت فقال لها

ارجمي حتى يستغني ولدك فقالت اخاف ان اموت قبل الحد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول
الله صلى الله عليه وسلم برجمها فدل ان الحكم هو التاخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب والله اعلم

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجبه وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في اول
كتاب الحدود وذكره المصنف هاهنا واعترض بانه غير منعكس لان الزنا يصدق في فعل
الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه واجيب بان هذا فيه الحد
على الرجل يجب على المراة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المراة فان قلت قوله لانه
فعل محظور تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو
لبيان اعتبارهم انتفا الشبهة في تحقق الزنا وتقرير كلامه انما اعتبروا ان يكون في غير شبهة الملك
لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته يوجد ذلك
قوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا
نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة ملك ايضا فانها لا توجب انها تحرم على حد وشبهة في المحل وتسمى
شبهة حكمية وتسمى شبهة ملك ايضا فانها لا توجب وان قال علمت انها حرام على فالاولى تتحقق في حق
من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امراته تحل له بنا على ان الوطي
نوع استخدام والاستخدام حل بكذا الوطي فلا بد من تحققها بالنسبة الى الظان والثانية تتحقق بقيام
الدليل النافي للحرمة في ذاته لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها وهذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده
والحد يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن في الاولى بعد الظن وفي الثانية على كل تقدير والنسب يثبت
في الثاني اي في الوطي الثاني وقيل اي في المذكور الثاني في الاولى ان يقال في النوع الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت
في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الشبهة الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه
اي الى الواطي وقيل هذا ليس يجري على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لان هذا وطي في شبهة
العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي ان تكون كالمطلقة ثلاثا
وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكروا فقال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الانسان يتنفع
بمال هو لا حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمنع الحد وان قال الرجل
علمت انها حرام علي وقالت الجارية ظننت انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المراة فلدعوى الشبهة واما
الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المراة سقط عن الرجل لكان الشركة على ما يجي وان قيل
ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلاث حتى لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان وجهه
بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت
النسب حتى لو جات بالولد يثبت النسب الى سنتين كان قيل بين الناس الخلاف في ان من طلق
امراته ثلاثا هل يقع اولا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد اجيب بانه خلاف غير
معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن في المال لانه اذا لم يكن على
مال فوطيها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام على ما يجي وشبهة ام ولد اعتقها
مولاها هي ما قلنا في المطلقة ثلاثا وهي في العدة من قيام اثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه
وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز ان يظن حل الاستمتاع
بها بالوطي والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحد وهي اذا قال المرتهن ظننت انها تحل
لي لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سوا ادعى الظن او لم يدع كما في الجارية المشتركة لانه وطي جارية

انعقد

انعقد له فيها سبب الملك في الحال فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه او لم يشتبه قياسا على ما لو وطي
جارية اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لان بالهلاك يصير مستوفيا
حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك
عند الهلاك ووجه ما ذكره في كتاب الحدود وهو ان عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة
بحال فما اورث قيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة
بحال فما اورث قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه
كما في الجارية المستاجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع الاشتباه لان ملك
المال في الجملة سبب لملك المتعة ان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق
المال فيشتبه انه هل يثبت هذا العقد ملك المتعة او لا بخلاف الاجارة فان الثابت بها
ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه
وبخلاف البيع بشرط الخيار سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وهاهنا انما
يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في محل من الاحوال
فكان بمنزلة المتعة لمنفعة ثم عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها جارية ابنه
لقيام المقتضي للملك وهو قوله انت ومالك لابيك والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم في كونها رجعية او بائنة والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لان له ان ينتفع
بها مسلطا على الوطي باقية بعد فصارت شبهة في المحل والمهورة في حق الزوج قبل القبض لقيام
ملك اليد والمشتركة لقيام الملك في النصف والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن
وقد ذكرنا وجهه ففي هذه المواضع لا يحد بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة وهو ما كان
راجعا الى الفاعل والقابل وثمة شبهة اخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفة رحمه
الله تثبت به سوا كان العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه وسوا كان الواطي
عالما بالحرمة او جاهلا بها وعند العلما الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه وتظهر ذلك في نكاح
المحارم على ما يأتيك ان شا الله تعالى اذا عرفنا هذا اي هذا الذي ذكرناه من بيان نوع
الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه قوله وقد من نطق الكتاب
يعني قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد قوله ولا يعتبر خلاف المخالف فيه يريد
قول الزيدية والامامية فان الزيدية يقولون اذا طلقها ثلاثا جملة لا تقع الا واحدة والامامية
يقولون انه لا يقع شي اصلا لانه خلاف السنة ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه لانه خلاف لا
اختلاف والفرق بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا والخلاف
ان يكون كلاهما مختلفا قوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر قوله في حق النسب يعني
النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق ولا النسب بهذا الوطي فانه لا يثبت قوله وكذا اذا
نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك اي كذلك الحكم اذا نوى من الفاظ الكناية ثلاثا ثم وطيها
في العدة لا يحد وان قال علمت انها حرام علي لان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم لا يرتفع بنية
الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد قوله ولا حد على من وطي جارية ولده وولد
ولده يعني وان كان ولد ولده حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة
في حق الجد قوله وقد ذكرناه اي في باب نكاح الرقيق قوله وكذا اذا قالت الجارية
معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لي وقد قدمناه قوله في الظاهر يتعلق بقوله

وكذا لا حد على العبد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد فورود الشبهة في احد الجانبين يكفي لاسقاط الحد
عن الاخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية بان سقوط الحد حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية
لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت في فعل واحد
من احد الجانبين شبهة كان ذلك يوثر في الجانب الاخر وان وطي جارية اخيه او عمه وقال
ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا ساير المحارم لما بينا يعني قوله لانه
لا انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال اخيه او اخته لا يقطع
اجيب بان بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استيذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع
داير مع هتك الحرز واما ههنا فالحل داير مع الملك والعقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد
فيجب الحد **قال** رحمه الله ومن زفت اليه غير امراته هذا من باب الشبهة في المحل لان الفعل
صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع له به وهو الاخبار بانها امراته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر
الغرور كمن اشترى جارية فوطيها ثم استحقت لم يعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور ولذلك ههنا
اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح **قوله** ولا يحد قاذفه
الا في رواية عن ابي يوسف يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى الحكم على
الظاهر فقد كان هذا الوطي حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه وجه الظاهر ان الملك منعدم
حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد على قاذفه **قوله** لانه قد ينام على فراشها
دليل شرعي فكان مقصرا فيجب الحد غيرها من المحارم التي في بيتها يعني فلا يصلح مجرد النوم
على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد وانما قال وقالت انا زوجتك لانها اذا اجابت
بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطيها
لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم ذلك وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد اذا كان عالما بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله وكل عقد
لم يصادف محله يلغو كما اذا اضيف الى الذكور **قوله** وهذا لان محل التصرف بيان لقوله
عقد لم يصادف محله لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهذا المحل ليس محلا لحكمه لان حكمه
الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يكون قابلا
لمقصوده وهو التوالد وههنا وبنات ادم قابلة لذلك **قوله** وهذا المحل ليس محلا لحكمه
اصلا او في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني
مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لم لا يجوز ان يكون شبهة في دار الحرب فالفعل لم يقع
زنا لا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والفرض وجوده
واولاد اهل الذمة من محارمهم لا ينسبون الى الزنا في العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولا يعزرون
على الزنا بل يحدون عليه واذا ثبت ان العقد صادف محله كان ينبغي ان ينعقد في حق جميع
الاحكام الا انه يقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا فيورث الشبهة لان
الشبهة ما تشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر
قوله ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج اي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين
لانه فعل منكر ليس فيه شي مقدر ومن اتى امراة في دبرها اجنبية لانه اذا اتى امراته او مملوكته
في الموضع المكروه اي الدبر لا يجب حد الزنا عندهما ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات
لان من الناس من يستحله بقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم من غير فصل بين محل ومحل

او عمل

او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير
ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا
وهو احد قولي الشافعي وقال في قول الاخر يقتلان بكل حال اي سواء كانا محصنين او لم يكونا
لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول به ويروي فارجموا الاعلى والاسفل ولهما
انه اي اللواط في معنى الزنا وقيل اي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواط وفي
بعض النسخ انهما في معنى الزنا لانه قضا الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض
حرام لقصد سفح الما وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواط بالدلالة بالقياس لان القياس
لا يدخل فيما يدرا بالشبهات وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين في موجبه
من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك
من الحبس في انتن المواضع حتى يموت ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا ولا هو في
معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانتساب بخلاف الزنا وكذا هو اندر وقوعا
من الزنا لانعدام الداعي في احد الجانبين يعني على ما هو الجبلة السليمة والداعي الى الزنا من الجانبين
واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس والقياس في مثله باطل وما رواه من قتلهما
او رجمهما محمول على السياسة والمستحل لكفره بذلك الا انه يعزر عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله لما
بينا انه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والراي الى الامام ان شا قتله ان
اعتاد ذلك وان شا ضربه وحبسه فقوله الا انه استثنا من قوله ولا هو في معنى الزنا ومن وطي
بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية اذ ليس تضييع الولد ولا افساد الفراش
ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمل على ذلك نهاية السفه او فرط السبق ولهذا
لا يجب ستره اي ستر فرج البهيمة وانما اضمر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه
فكان مرجعه حكما الا انه يعزر لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتاويله مستحل ذلك
الفعل والذي يروى انه يذبح البهيمة وهو ما روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه
اتي برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا
يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية لا انه واجب **قال** رحمه الله ومن زنى في دار الحرب
او في دار البغي ثم خرج الينا واقر عند الامام بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعي رحمه
الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اين ما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام
الحدود في دار الحرب ووجه التمسك انه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة
حسا لان كل احد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد
بعدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا
يقبل اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر
الواحد والقياس انه لم يبق حجة قطعية على هذا اطبق الشارحون وفيه نظر يعرف باستحضار
قواعد الاصول وهو ان التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الاية بموجود
ويمكن ان يقول حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله كل واحد منهما فان الضمير يرجع الى
الزاني والزانية والزنى وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج
منه من لم يكن رجلا واذا خص بمقارن جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس **قوله** ولان

المقصود هو الانزجار ينبغي ان وجوب الحد ليس بعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء
والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعري عن الفايدة وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد
موجبا لا يقام بعد ما خرج لئلا يتغير الحكم بغير سبب وانث الضمير في قوله لانها لم تنعقد بتاويل
الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة او بتاويل الوطية **قوله** ولو غزى
ظاهر **قوله** في معسكره اشارة الى انه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا
يقام عليه الحد والسرية قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا اربع
مائة **قوله** واذا دخل حربي دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا في هذه المسلة شمول
الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند ابي حنيفة وهذا الشمول
لا يتغير بمغايرة احد الطرفين للاخر بكونه حربيا او ذميا وذكرا وانثى وعند محمد عدم التعميم
ثابت في جانب الحربي والحربية فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف احدهما فيحد الزاني
ولا تحد الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول ابي يوسف اولا وقال اخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها
له ان المستامن من التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا كما ان الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم
احكامنا ينفذ عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا فان قيل لو كان لاقيم
عليه حد الشرب لانه من احكامنا الجاب بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قلت
فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لا يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى
باعتقاد الاباحة هو ان يكون كذلك ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم
ذلك ليس بدين بل بين وانما هو هوى وتعصب ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان التزام الاحكام
انما هو بالتزام القرار في الدار لان الاتصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم
ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب
ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذا لم يصر من دارنا كان دخوله لحاجة كالمستلزم ما من الاحكام
ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما يدخل الا طامعا في الانصاف اي العدل
لاجله على غيره يلزم الانتصاف اي العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم والقصاص وحد
القذف من حقوق العباد فكان داخلا في الانتصاف واما حد الزنى فمحض حق الشرع فلا يكون داخلا
فلما فرغنا من الجواب عن قول ابي يوسف شرع كل منهما في اثبات ما ذهب اليه فقال محمد الاصل في
باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له على ما ياتي فامتناعه الحد في حق الاصل فيما اذا زنى الذمي
بحربية فلا يوجب امتناعه في التبع والا لا يكون تابعا فكان تخلفا واما الامتناع في حق التبع فيما
اذا زنى الذمي بحربية فلا يوجب امتناعه في حق الاصل فيستلزمه في حق التبع ولابي حنيفة ان فعل
الحربي المستامن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرايع
تبليغه ما منه بقوله تعالى ثم ابلغه مامنه واذا كان كذلك كان تمكين المراة منه الزنا الموجود
المقتضي وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مامنه والمراد بالحرمات ترك
الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك
تضعيفا للعذاب عليهم وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين
فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرايع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون
باداء ما يحتمل السقوط من العبادات **قوله** بخلاف الصبي والمجنون جواب عن مستشهد
محمد على سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن

فيه

فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبون فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد ونظير هذا
الاختلاف واذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد **قال** رحمه الله واذا
زنى الصبي او المجنون صورة المسلة ظاهرة ووجه قولنا فرق الشافعي رحمه الله قياس احد
الجانبين بالاخر فالعذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب الحد من جانبه فكذا العذر من
جانبه وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع ان كلا منهما مواخذ
بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا انفا لمحمد رحمه الله فلا حاجة الى التكرار واعترض
عليه من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب الرجم
عليها على الرجل فعدم الرجم على الاصل لم يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني
ان الصبي والمجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغي ان يجب المهر عليه فيما اذا طاوعته المراة واجيب
عن الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرايط اخر
ويلزم من تخفيف فعل الزنا منه تخفيفه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل
فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بانا لو اوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته
لخلا الايجاب عن الفايدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت
امرة للصبي بالزنا معها ولقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المراة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد
الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة او صبية فان المكرهة ليست بامرة والصبية لا يصح امرها
لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكره فايجاب المهر كان مفيدا ثمه اذ ليس لولي الصبي حينئذ
ان يرجع عليها بمثل ذلك **قوله** ومن اكرهه السلطان الى اخره ظاهر **قوله** وعليه
المهر في ذلك يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المراة فان قيل لا ينبغي ان لا
يجب المهر فيما اذا اقرت المراة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة
للنكاح اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح
انتفى الحد عنه في هذا الوطي لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا او مكذبا فان كان
الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قايم لا محالة والاحتمال في
الحد ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطي
لا يخلو عن غرامة او عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت
لها وان ردته **قوله** ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة انما وضع المسلة
في الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا ينتفي الحرة والجارية فانه لو
فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لبيان ان الشبهة عدم وجوب
الحد عند اداء الضمان انما يرد في حق الجارية لا في حق الحرة لان الامة تصلح ان تكون ملكا
للزاني عند اداء الضمان فتشبه انه لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب
عينها فهو وجه قول ابي يوسف في هذه المسلة **قوله** وهو على هذا الخلاف اي
شرى الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله يحد خلافا لابي يوسف فكان رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف في الشراء بعد الزنا
مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل
لا يوجب الملك لانه ضمان دم والدم مما لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان
الدم يجب بعد الموت والميت ليس بمحل للتملك **قوله** ولو كان يوجبه يعني سلمنا ان الضمان

طي

الفعل يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين كما ذكرتم في هذه المسروقة لا في منافع البضع لانها
استوفت وتلاشت فلم تكن قابلة للتملك حالة الضمان ولا مستندة لان المستند لا يظهر
في المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبيين بلا بشرط
الوجود كما في الحيض دما في باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون في حكم مغيا
بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك
قوله وهذا الخلاف ما اذا زنى بها جواب لصورة يمكن ان تستشهد بها ابو يوسف
كما قدمناه وتقريره ان الزاني بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي عين
موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على اصل الجواب دون التنزل
فان لقائل ان يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى اعني المنافع
لكونها معدومة واما اذا نظرت الى اصل الجواب وهو قوله انه ضمان قيل فلا يوجب
الملك لانه ضمان دم وهو ليس بعين ملك فانه صحيح ويكون ان يقال بالنظر الى التنزل ايضا
بان الملك وان كان ثابتا فيه ايضا لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة
وهي معتبرة ليس في كلام المصنف ما يشير الى هذا اصلا وكل شيء صنعه الامام الذي
ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به
وبالاموال لان الحد حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره فالصلى الله عليه وسلم اربع
الى الولاة وعد منها اقامة الحدود وكلامه واضح واما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع
فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق
الشرع لوجب انه لا يحد المستامن اذا زنى قذف كما لو زنى وقد تقدم انه يحد لانه حق
العبد والجواب ان قذف القاذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب
ما يليق به وما يليق بالحربي ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام ان يكون
حق الله لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله اعلم بالصواب

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غير وهما الاقرار والشهادة
واخر الشهادة ها هنا عن الاقرار لعله ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى نقل في
السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ رؤية اربعة رجال عدول على الوصف
المذكور كالميل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة **قال** رحمه الله واذا شهد
الشهود بحد متقادم اداشهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام
لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة واعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة
ايضاح وهي تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحكم
الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر سنة اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان
في السرقة كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود ايضا حد القذف في الشهادة بالزنا لان
عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه
واضح ومعنى قوله بخيرين حسبتين اخريين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا
والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب **قوله** وخلاف حد السرقة جواب

عما يقال

عما يقال الدعوة شرط في السرقة كما في حقوق العباد وذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة
لم يقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة في حقوق العباد من بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى
ووجهه لا نسلم ان الدعوى شرط الحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر والدعوى ليست
بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد **قوله** ولان الحكم يدار جواب اخر وتقريره
ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحد وهو الخالصة حقا لله تهمة هو تهمة الضغينة
والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله سواء وجد ذلك
المعنى في كل فرد او لا كما اريد الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد
من افراده **قوله** ولان السرقة جواب اخر ووجهه ان السرقة تقام على الاستسرار
لان توجد في ظلم الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عارفا بالسارق
فيجب على الشاهد اعلامه فاذا كتمه صار اثما **قوله** ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة
ظاهر **قوله** لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان المقصود من القضاء في
حقوق العباد اما اعلام من له القضاء او التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذا
ان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء واما الله تعالى في حقوق
تستغني عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء
فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله واختلفوا في حد التقادم واشار
في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرناه وهكذا اشار الطحاوي
وابو حنيفة لم يقدر في ذلك ونقل الطحاوي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف
جهدنا على ابي حنيفة ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه الى رأي الامام القاضي في
كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة ذكره في المجرد
قال ابو حنيفة لو سال القاضي متى زنا بها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا
او اكثر درئ الحد قال الناطفي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول
ابي يوسف ومحمد واصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر
بر في يمينه **قوله** وهو الاصح يعني تقدير التقادم بشهر **قوله** وهذا اي الذي
قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فانها
تقبل لان المانع بعدهم عن الامام لا تحقق التهمة **قال** رحمه الله واذا شهدوا على رجل
انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا انه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى لانها تصح على الغائب وهي شرط
في السرقة دون الزنا بالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لانه شبهة الشبهة
والمعتبر الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب اقامة الحدود وبيان ذلك انها لو كانت
حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب فاذا كانت
غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهي المعنى بشبهة الشبهة وهذا
بخلاف ما اذا كان احد اولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يحضر
الغائب فيقر بالعفو فانه لو حضر واقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته
فاذا كان غائبا يثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها
لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر لان الظاهر من حال المسلم انه لا يزني والشهود

لا يفصلون بين بنته وامته وبين عرسيهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن
اقامة الحد بشهادتهم وانه اقرب لك اي بالزنا بامراة لا يعرفها حد لانه لا يخفي
عليه امراته او امته وان شهد هاهنا اثنان انه زني بفلانة فاستكرهها واخر
انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر رحمه الله وقالا
يحد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق الفريقين علي الموجب للحد وتفرد احدهما
بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان طواعيتها
شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما فيه وعدم الوجوب لمعني في حقها
لمعني غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطي الصغيرة
المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة ان المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد
يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهو لا اثبتوا له وصفين متضادين لان
الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به والاجتماعهما متعذر
فكان كل واحد منهما فعلا خلاف الاخر فاختلف المشهود به ولم يتم علي كل واحد منهما نصاب
الشهادة **قوله** ولان شاهدي الطواعية دليل الحد وتفسيره لان شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم فيقتضي اقامة
القذف علي شاهدي الطواعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه **قوله**
وان شهد اثنان انه زني بامراة بالكوفة **قوله** ظاهر خلافا لزفر يعني انه يقول
يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كما لو شهد واحد بالزنا
فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يريد شبهة اتحاد المشهود
به وتقريره ان الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا
وهم اهليته كاملة وعدد كامل علي زنا واحد صورة في عرفهم نظرا الي اتحاد صورته النسبية
الحاصلة منهم واتحاد المراة وانما جا الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود
به فيدرؤ الحد فتنبيه والحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الي الاولي
لم يحد المشهود وبالنظر الي الثاني لم يحد المشهود عليه **قوله** وان اختلفوا في بيت
واحد حد الرجل والمراة ظاهر ولا يقال بان ذلك احتيال لوجود الحد والحدود
يحتال لدرئها لا لاثباتها لان هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة
يجب تصحيحها ما امكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب قبول الحد فان قيل
فان كان كذلك فما بالكم لم تصحح الشهادة في مسالة الاكراه والطواعية علي مذهب
ابي حنيفة بان يحمل علي ان يكون ابتدا الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع اجيب بان
ما ذكر في مسالة الاكراه والطواعية لا يتفاير ان يكون اكراها من اوله الي اخره
وبين ان يكون اوله اكراها واخره طوعا الا ان الاكراه يسقط الحد عن المراة سوا كان
فعل الزنا من اوله الي اخره اكراها او اخره طوعا فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف
المشهود به كما ذكرناه **قال** رحمه الله وان شهد اربعة انه زني بامراة بالنخيلة تصغير
النخل التي هي جمع واحدة النخلة موضع قريب من الكوفة والبا المفتوحة والجيم تصحيف
لانها اسم حي من العرب ودير هند لا يساعد عليه لانه ايضا موضع قريب من الكوفة
وكلامه واضح **قوله** ولا احتمال صدق كل فريق ان احتمال الصدق في كلام كل من

الفريقين قايم وشبهة الزنا يمنع وجود الحد علي القاذف **قوله** درئ الحد عنهما وعنهم توضيحه
ان الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال عليه خصوصا في اسقاط
الحد فيسقط عنهما واما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولا
مدخل لقولهن في اثبات الحدود **قوله** فان شهد اربعة علي رجل بالزني وهم عميان ظاهر
قوله لان الزنا يثبت بالادا اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا ادا العبيد
والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانعقلت شهادتهم قذفا لانهم نسبوها
الي الزنا ولم تكن نسبتهما الي الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة **قوله** لان الفاسق من اهل
الادا والتحمل يعني بالنص قال الله تعالي ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا فالامر بالتثبت دليل
علي ان الفاسق من اهل الادا لانه لو لم يكن اهلا لما امر بالتثبت الا تري ان العبد اذا شهد يؤمر
بالرد لا بالتثبت وذكر الامام قاضي خان رحمه الله ان الشهود ثلاثة شاهد له اهلية التحمل
والادا بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والادا لكن بصفة النقصان والقصور
وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الادا كالاعمي والمحدود في القذف ولهذا
ينعقد النكاح بهما وان نقص الشهود عن اربعة حد والانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان
العدد لان الشاهد مخير بين حسبتين علي ما مر وها هنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر
ولا حسبة ادا الشهادة ايضا لنقصان عدد هم قال الله تعالي والذين يرمون المحصنات
ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم يوجد الحسبة ثبت القذف لان خروج
الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة **قوله** وان شهد اربعة علي رجل بالزنا
ظاهر **قوله** وعندهما يضمنون يعني ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات **قوله**
وصار كالرجم والقصاص يعني اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون
الدية ووجه ابي حنيفة ظاهر **قوله** في الصحيح يعني في الصحيح من الروايات وذكر في
مبسوط فخر الاسلام ولو قال قايل يجب الضمان علي الجلاد فله وجه لانه ليس بما مور بهذا
الوجه لانه امر بضرب مولم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب علي هذه
الوجوه وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان وذكر في الايضاح في هذه المسالة لابي
حنيفة رحمه الله وجها حسنا وهو ان الاضافة الشهود من حيث الايجاب ولا الايجاد والامر
الحاصل يوجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الي الشهادة فلم يجب عليهم الضمان
قوله لما فيها من زيادة الشبهة معناه لما فيها من شبهة زادت علي الاصل لم تكن فيه فان
الكلام اذا تداولته الالسنة تمكن فيه زيادة ونقصان **قوله** بهم قايمون مقامهم اي
الفروع مقام الاصول لكان الرد لشهادة الفروع رد الشهادة الاصول وذلك لان
الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول ففي الموضع الذي يرد تبعه
ردها الي شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة **قوله** ولا يحد الشهود يعني الاصول
والفروع لان عددهم متكامل والاهلية موجودة وامتناع الحد علي المشهود عليه لنوع
شبهة وهو شبهة عدم التحميل في الفروع وشبهة الرد في الاصول وهي كافية للدرء لا موجبة
لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له **قال** رحمه الله وان شهد اربعة علي رجل بالزنا
هذا شروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح **قوله** لانه ان كان قاذف
حي فقد بطل بالموت يعني لان حد القذف لا يورث وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم

القاضي وذلك لم يسقط الاحصان فلا اقل من ان يورث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة
تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا فالانتفاء الحسبة من جميعا
فجعل للحال قذفا للميت واذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حجتها واذا انفسخت حجتها انفسخ ما
بني عليها وهو القضا واذا انفسخ القضا اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضي فلا يسقط
الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله في حقه لانه زعم ان شهادته
ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره
لقيام القضا في حقه لان قضا القاضي في زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقع في حق غير المحصن
فلا يجب حد القذف ولقايل ان يقول القضا لو كان قايما في زعمهما وجب الحد لا محالة فاذا كان
قايما في زعم دون زعم كان قايما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارية للحد ولعترض
ايضا بان احد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر
احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذلك الا ان القذف انما يثبت بالشهادة تنقلب وقت الشهادة
كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف واجيب بان احدهم اذا ظهر
عبدا علم ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد
لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحدوا وان كان رجما قذف حيا فيحدوا وان كان رجما قذف
حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا
بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد قوله فان لم يحد المشهود عليه ظاهر قوله ولنا
ان كلامهم قذف في الاصل يعني لكونه مصرحا فيه لكن سلب عنه ذلك اذا صار شهادة وانما تصير
شهادة باتصال القضا به فاذا لم يتصل بقي قذفا وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان
الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وهاهنا قال انها قذف وانما تصير شهادة باتصال القضا
به ثم تعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيما قال الصحابة من مواخذة من
لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى لان الكل قذفة عند عدم
اتصال القضا بالشهادة فكل منهم مواخذ بذنبه لا بذنب غيره قوله وان كانوا خمسة فرجع
احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك قوله لما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل
وهو ان الشهادة تنقلب قذفا الى اخره ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود
من يتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين
رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك كان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون
ملزما اياه الحد اجيب بان الحد لم يجب لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقا الحجة
التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع ولو
اعتبر بهذا المعنى لوجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد
منهم لا يلزمه شي برجوعه وحده لو ثبت اصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال رحمه
الله وان شهد اربعة على رجل بالزنى فزكوا التزكية من زكى نفسه اذا مدحه وتزكية الشهود
الوصف بكونهم ازكيا وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود مجوسا او عبيدا
فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقالا ابو يوسف ومحمد هو
اي الضمان على بيت المال ولما كان قوله رجعوا محتملا بان يكون الرجوع بان يقولوا اخطانا
وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم

وهو

وهو محل النزاع فان قيل هذا اذا قالوا ابتعني لو قالوا اخطانا لما وجب الضمان بالاتفاق قال
المزكون ما اثبتوا سببا للاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا وانما اثنوا على الشهود خيرا فكانوا كما
اذا اثنوا على المشهود به خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الا ان اولئك اثبتوا خصالا
حميدة في الزنا وهولا اثبتوا خصالا حميدة في الشاهد فكما لا ضمان على اولئك فكذلك
على هولا قوله وله ان الشهادة قوله ظاهر وهذا يعني وجوب الضمان على قول
ابي حنيفة قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة
باتصال القضا الظاهر خطاوه بيقين صار كان لم يكن فلا يتصل القضا بكلامهم فلم يصر
شهادة فان قيل فعلام لا يحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه
واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم يجعل قذفا للميت الحال بطريق الانقلاب كما في صورة
الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل
لم لا يكون ظهور عبيدا او مجوسا علة للانقلاب الرجوع فالجواب ان الانقلاب صيرورة
الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة قوله وجه الاستحسان ان القضا صحيح
ظاهرا او قبل القتل يعني ان القضا وجد صورة وصورته بالزمان عند تعذر اعتبار الا
قوله والتمييز بين الروايح ممكن للمستدل لجواب عن قوله والرايحة قد يكون من
غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد
رحمه الله كما في الزنا كما مر تقريره ان الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه وعندهما
لا يقام الحد الا عند قيام الرايحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله
عنهم ولا اجماع الا براى ابن مسعود رضي الله عنهم وقد شرط قيام الرايحة على ما روينا يعني
قوله فان وجدتم رايحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد
الشرب باتفاق ابن مسعود رضي الله عنه ولكن لا دليل على ان الشرط الذي شرطه ابن مسعود
وشرطيه والشرطية يفيد الوجود لا غير وجواب للامام فخر الاسلام بان العدم
عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفا المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولا وايضا ذكر في
اول الباب انه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال هاهنا انه ثابت
باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهما متنافيان وايضا اشتراط الرايحة مناف لقوله صلى الله
عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه قوله وريحها يوجد منه ظاهر قال
رحمه الله ومن سكر من النبيذ حد النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من
الزبيب شيان نقيع ونبيذ فالنقيع ان ينقع الزبيب في الما ويترك اياما حتى
يخرج حلاوته الى الما ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلى واشتد وقذف
بالزبد يحرم واما النبيذ فهو النى من ما العنب الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه
ما دام حلوا واذا غلى واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
الاخر يحل شربه ما دام حلوا واذا غلى واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة وعند
محمد والشافعي رحمه الله لا يحل وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ
هو ما التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلوا واذا غلى واشتد وقذف بالزبد
عند ابي حنيفة وابي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي الا القدح المسكر وقال محمد والشافعي
لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجي بيانه في الاشربة واما الكلام في حد السكران ومقدار

دة

رث

بعد
فعي

حده تسند كره ان شا الله تعالى **قوله** ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياها
يعني اذا لم يشاهد منه الشرب لا للرائحة محتمله فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر
قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستند للجب بان الاحتمال في نفس
الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال لا على وجه الاستقصا والتمييز ممكن
لمن عاين الشرب للشارب والاحتمال لمن لم يعاينه وا قول والجواب الثاني احسن
لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو سماعه
الشرب والجاهل او هو من ليس معه ذلك ويجوز ان يكون **قوله** لان الرائحة محتملة
على مذهب محمد **قوله** وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار وعلى قولهما ولا يحد
السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد
كالبنج ولبن الرماك والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلافا لرواية
الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب
كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام
بالاجماع بصحيح لان رواية الجامع للامام المحبوبي يدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام
لا على ان غير الخمر في الحرمة نون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه
كما في حد الزنا على ما مر انه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والراس والفرج ثم يجرد
عن ثيابه في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف
لانه لم يرد به نص اي بالحد نص قاطع ابتدا بالتجريد بخلاف وجه المشهور انا اظهرنا التخفيف
مرة يعني من حيث العدد حيث لم يجعله مائة كما في الزنا فلا يعتبر ثانيا وفيه بحث
من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني
ان الثمانين تغليظ لا تخفيف لانهم روي انهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام
والايدي وعمر ذلك ثم جلد ابو بكر اربعين ثم جلد عمر اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين
تغليظ لا تخفيف والجواب ان **قوله** انا اظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين
والتخفيف انما هو باعتبار ان الله جاز له ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل
المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة رضي الله عنهم
بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدر ولا يبتنى وانما الظهور والتخفيف الذي كان ثابتا بترك
التنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف مرة لطايفه **قوله** ومن اقر بشرب
الخمر والسكر ثم رجع لم يحد وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب اسكر ويثبت
الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا للعدد من الاقرار بعدد
الشهود وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها ان شا الله تعالى فيها **قال** رحمه
الله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لا تقبل شهادة النساء مع الرجال في حد الشرب ايضا
لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلالة والنسيان يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان
لم يكونا رجلين فرجل وامراتان الى قوله ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما
قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في المواضع التي جازت
شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف ساير الابدال ولكن فيه

صورة

صورة البدلية من حيث النظم والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا
كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف
قال المصنف رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو الذي يهذي
ويختلط في كلامه اي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس
بسكران لانه السكران في العرف واليه اي الى قولهما مال اكثر المشايخ وعن ابي الوليد قال
سالت ابا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد فقال الا يستقرئ قل يا ايها الكافرون
ولا يقدر عليه قلت له كيف عينت له هذه السورة وربما اخطا فيه الصاحي قال لان
تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراتها وحكي ان ايمة بلخ اتفقوا على استقرا
هذه السورة ولابي حنيفة رحمه الله ان الحدود يوخذ في اسبابها باقصاها درءا للحد ونهاية
السكران ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شي وشي وما دون ذلك لا يعرى عن
شبهة الصحو يعني انه اذا كان يميز بين الاشيا عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون
ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندري بالشبهات ولهذا
وافقهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر ان المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان
اعتبار النهاية فيما يندري بالشبهات والحل والحرمة يوخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله
والمعتبر في القدح الذي يلزم الحد باله واختلاط الكلام عنده يمتنع عنده فلما امتنع عنه
وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله ابو حنيفة رحمه الله
قوله وهذا اي ظهور الاثر في مشيته مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته
والصاحي ربما يتمايل او يعتبر في مشيته ويرى التمايل منه فلا يكون دليلا **قوله** ولا يحد
السكران باقراره على نفسه يعني في الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة
لان الاقرار خبر يحتمل الكذب واذا صدر من سكران هذا زاد احتماله فيحتال لدريه لانه
خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة
عليه عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد
المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فانما وجب عليه حد القذف حقا
للعبد فكذلك ساير الحقوق كالقصاص وغيره ولو ارتد السكران لا تبين منه امراته لان الكفر
من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر ولان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه
صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فامهم في صلاة
المغرب عبد الرحمن او غيره وقرا سورة الكافرون بطرح اللاءات مع اعتقادها كفر ولم يكن
ذلك كفرا من القاري فعلم ان السكران لا يحكم بما جرى على لسانه من لفظ الكفر

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقها نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف
الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا الخالي عن الشبهة الذي لو اقام القاذف
عليه اربعة من الشهود او اقر به المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف بالحد
وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية والمراد بقوله
والذين يرمون الرمي بالزنا بالاجماع واليه الاشارة في النص لانه شرط اربعة من

الشهد او هو مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا مفيد لتحققه بدونه بان قال لست
لابيك وبانا لقياس ان لا يجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب في مقابلته كالمستهلك
ولئن وجبت فليبين مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حد والجواب اذا قذفه
بصريح الزنا وجد الشرط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة واما انه اذا قذفه بنفي
النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان رميه بطريق الكناية مثل ان يقول
يا زاني فقال الخصم صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط
مطالبته احتياطا للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا
لم يكن حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه **قوله** ويفرق
يعني الضرب على اعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا وهو قوله لا انا الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف
ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا
وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلا يقام على
الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معاين بالبينة او الاقرار
وها هنا بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى اخر وهو كذبه
في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به **قوله** غير انه ينزع عنه الحشو استثناء من قوله
ولا يجرد **قوله** لان ذلك يمنع الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك **قوله**
وان كان القاذف عبدا ظاهر **قوله** والاحصان بان شروطه **قوله** لعدم تحقق فعل
الزنى منهما قيل عليه لو كان كذلك يجب من قذف المجنون الذي زنى حال جنونه ولا يجد
وان قذفه بعد الافاقة واجيب بان قوله لعدم تحقق فعل الزنى منهما الزنى الذي يوثم
صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطي الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما وبالنظر
الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف ومن قذف رجلا
وطئ بشبهة او وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره **قوله** والاسلام لقوله صلى الله
عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن تقريره الله تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن لقوله
تعالى والذين يرمون المحصنات الاية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك
بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه الحد القذف ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك يجد ان كانت
امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لانه نفى النسب والنسب انما ينفى عن الزاني
لا عن غيره وتقريره ان فرض المسئلة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين ونسبه من الام
ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكانه قال انه زنى بامه وفي ذلك قذف لامه
لا محالة قيل يشترط ان يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتي بعدها وقيل يجب
ان لا يجب الحد ها هنا وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز ان ينفي النسب من ابيه من غير
ان يكون الام زانية من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة وولدت في عدة الواطئ اجيب
بان ما ذكرته وجه القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال
في المبسوط ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف
محصنة او نفي رجل من ابيه من قال لغيره في غضب الاخرة ظاهر وطولب بالفرق بين هذه
وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا بابن فلانة وهي امه التي
تدعي حيث لا يكون قذفا مع ان القذف يزداد بهذا اللفظ واجيب بان قوله

ولابن فلانه نفي عن امه وانما ينتفي عنها بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفي الولادة
نفي الوطي ونفي الوطي نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد نفي الوطي ونفي الوطي
نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد وولادة الولد ثابتة من امه فصار
كانه قال انت ولد الزنا **قال** رحمه الله ولو قال له يا ابن الزانية ولو قال له يا ابن
يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده يحد القاذف لانه قذف محصنة بعد
موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع
القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد يعني الوالد والجد وان علا وولد الولد وان سفل
نقله صاحب النهاية عن الفقيه ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله ونقل غيره من الشارحين
عن شرح الجامع الصغير لان العار يلحق به اي بكل واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون
القذف متناولا له معنى ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف
حيا غائبا فانه ليس لاحد ان ياخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف
لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع
الياس عن الاصل وانما يقع الياس بموته فلا يقوم مقامه غيره قبل موته **قوله** وعند
الشافعي ظاهر **قوله** لما ذكرنا يعني قوله لان العار يلحق به **قوله** كما يثبت لولد
الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد فانه روي عنه ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه
منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بالزنا الى امه وفي ظاهر الرواية النسب يثبت
من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين فيثبت لولد الولد حال قيام الولد وقال زفر ليس
لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار
ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه
للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته وذلك
موجود في حق ولد الولد لوجوده في حق الولد فايهما خاصم يقام الحد مقامه لخصومته بخلاف
المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار ما نال القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد
في حق ولده وبخلاف الكفارة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله عليه السلام الانكاح الى
العصبات وفي الحكم المرتب على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد واذا كان المقذوف محصنا
وهو ميت لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر وهو يقول القذف يتناوله معنى
الرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا لان حد القذف لا يورث فصار كما اذا كان ميتا ذلا
صورة ومعنى في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذفا بنفسه
لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى فيل قوله وليس بطريقه الارث
غير معتد له في هذا المقام لانه لو كان بطريقة الارث لم يكن له ان يخاصم لان المانع عن الارث
موجود وهو الكفر او الرق وقيل تحرير كلامه ان الحد انما ان يجب في هذه الصورة على القاذف
لقذفه ام المقذوف او لقذف هذا المقذوف نفس هذا الابن الكافر لا جائز ان يكون لاجل انه
لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى ولنا انه عيره بقذف
محصن وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز ان ياخذ بحده
لانه يعتبر على الكمال فيقتضي زجرا واشار المصنف الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان
في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده

فجاز له ان ياخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضي
اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق اي استحقاق اهلية الخصومة لانه استحقاقها
باعتبار طرفي النسبين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق
والكفر بخلاف ما اذا زنا ولا لقذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان
في المنسوب الى الزنا **قال** رحمه الله وليس للعبد ان يطالب مولاه ليس للعبد ان يطالب
مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه او جده وان علا بقذف امه ولا امه
وجدته وان علت بقذف نفسه لان المولى لا يعاقب بسبب عبده قال صلى الله عليه
وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه
متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن لجواز
ان يكون صادقا فيما نسبه اليه **قوله** ولو كان لها ابن من غيره ظاهر واضح **قوله** وكل
ذلك لتشهد الاحكام اما الاحكام التي تدل على انه حق العبد فهو انه يستوفى بالبينة بعد
تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفى الا بخصومته وانما يستوفى
بخصومته ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد
لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستامن وانما يوخذ المستامن بما هو من حقوق
العباد ويقدم استيفاوه على حد الزنى وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه
باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقوء عين رجل يبدا بالقصاص في العين لانه محض
حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتاخير لانه يجا في الفوت والله
تعالى لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف واما الاحكام التي تشهد على انه حق
الله تعالى واما حق العبد فاستيفاوه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند
السقوط **قوله** لان ما للعبد من الحق الى اخره قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق العبد
غالبا انما اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق
العبد غالب واعترض بان من الاحكام ما ينافي الحقين جميعا وانه يسقط بموت المقذوف
وشيء من الحقين لا يسقط به واجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته **قوله** ومن اصحابنا من قال
يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر في مبسوطه والصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال
الشافعي رحمه الله لان اكثر الاحكام تدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا ان العبد منتفع
به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص الا انه فوض
اقامته الى الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد **قوله** وخرج الاحكام اي اجاب الى عن
الاحكام التي تدل على انه حق الله تعالى بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض الى الامام ما
ذكرنا ان كل احد لا يهتدي الى اقامة الجلد وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه
حق الله كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص
يورث بانه في معنى ملك اليمين لانه يملك اتلاف العين وهو الاصل فصار من عليه القصاص
كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص **قوله** والاول
وهو ان الغالب فيه حق الله اظهر قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله تعالى
فيه ولان عامة اصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة العلماء اظهر والثاني اظهر **قوله**
ومن اقر بالقذف فمن الاحكام يشهد بكونه حق العبد **قوله** ومن قال للعربي يا نبطي ظاهر

والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قال لقرشي يا نبطي
فقال لا حد عليه **قوله** لما قلنا يعني قوله لانه يراد به التشبيه الى اخره **قوله** لان ما السما
لقب به اي بهذا اللفظ وما السما هو لقب ابي المنذر هو عمرو وابن عامر يلقب بالمزيقيا لانه كان يمزق
كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويانف ان يلبسهما غيره وابو عامر بن حارثة الازدي
كان يلقب بما السما لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا **قوله** واسماعيل
كان عما له اي ليعقوب فان اسماعيل واسحق ابنا ابرهيم ويعقوب بن اسحاق فكان اسماعيل عما له
وادخلوه تحت الاب لان العم يسمى ابا **قال** رحمه الله ومن قال لغيره زنات في الجبل ومن
قال لغيره زنات في الجبل بالهمزة وقال عنيت صعود الجبل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر
وارق الى الخيرات زنا في الجبل وقال ذكر الجبل يقرره اي يقرر الصعود مرادا تاكيدا لكون المهموز
للصعود حقيقة **قوله** ولهما انه يستعمل الى اخره واضح وقيل كلامه يشير الى ان المهموز
مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين احد المحتملين عندهما وعند
محمد انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين
كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الباب
باب الحد فيحتال للدرء **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على **قوله**
للمعنى الذي ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا ومن قال
لاخر يا زاني ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني بان
المراد بالاول هو قوله يا زاني وما ثمة خبر اصلا والجواب ان المراد بالخبر الجزء وحينئذ يستقيم
الكلام لان الخبر جزء اخص فيجوز ان يستعار للاعم ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت على
ماذكره في الكتاب واضح **قوله** لان المحدود في القذف ليس باهل للعان لان اهليه اللعان
بعتمد اهلية الشهادة واقامة حد القذف يبطل اهلية شهادة المحدود في القذف **قوله**
ولا ابطال في عكسه اصلا يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل جريان اللعان بينهما فانه ما في الباب
ان اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب
حد القذف على المراة احتيالا للدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد **قوله** ولو قال زنيت بك يعني
في جواب قوله لها يا زانية **قوله** وانعدامه اي انعدام التصديق من الزوج **قوله** ويحتمل
انها ارادت زنا ما كان معك بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا واجيب بان الزنا يطلق
على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بل يداه مبسوطتان ان نحملها على ذلك الترتيب فرط غيظها
باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج وفي حال
يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وحاصل ما قلنا انه لا حد ولا لعان **قوله** لانه اي اللعان
حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات الاية واذا بطل التكاذب باكذاب الرجل نفسه فصار الى الاصل والولد ولده في الو
اي في الوجهين حد الذي اقر ثم نفى وعكسه **قوله** لاقراره به سابقا او لاحقا اي لاقرار
الزوج بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقر ثم نفى او لاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به **قوله**
واللعان يصح بدون قطع النسب جواب عما يقال ان سبب اللعان هاهنا هو نفي الولد فلما
لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان لان بطلان المقتضي المتضمن يقتضي بطلان المتضمن

ل

جهين

ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما اي من نسبته الى الزنا ومن نفي
الولد منفصلا عن الاخر فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفي الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان
فكذا ها هنا الا ترى انه اذا تطاولت مدة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني
فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله انت زانية قوله
وان قال ليس بابني ولا بابنك ظاهر قوله او قذف الملاعنة بولد بفتح العين هكذا نقله صاحب
النهاية بخط شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي قوله بولد
يتصل بالملاعنة قوله ففاتت العفة نظرا اليها اي الى امارة الزنا وهو اي العفة ذكره نظرا
الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد
قوله ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا
في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد على القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى
لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المراة محصنة
فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال
صاحب النهاية ووجدت بخط شيخي رحمه الله في وجوب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها
قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى
غير الزوج فيجب الحد على قاذفها قال رحمه الله ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه
اعلم ان الوطي الحرام بالقسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه والاخر لغيره
منشا حرمته شيئان حصوله في غير الملك من كل وجه كوطئ الاجنبية او من وجه كوطي الجارية
المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امراة هي حرام على الواطي حرمة مؤبدة كوطي امته
وهي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطي امته المجوسية ووطي امته
الاختين والقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان
ولان القاذف صادق ولان الزنا هو الوطي الحرام لعينه وابو حنيفة رحمه الله شرط ان تكون الحرمة
المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة الاب بعقد ملك النكاح او ملك اليمين اشتراها ابنه فوطئها
لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطي المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم
لا نكاح الا بشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه تعارض على وجه الزوال
الا ترى ان المجوسية اذا اسلمت او اخرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطي فلم يكن زنا فيحد قاذفه
وبقية كلامه ظاهر قوله وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها لا يسقط
احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو مبيح لا يسقط احصانه كوطي امراته الحائض
او المجوسية او التي ظاهر منها او المحرمة او امته التي تزوجها او هي في عدة من غيره لان ملك
الحل قائم بقيام سببه ووجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة في المحل تنافيا فمن ضرورة ثبوت
احدهما ينتفي الاخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفي الحل قوله لان ملك الحل قائم بقيام
سببه قلنا السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل فلا يثبت ملك الحل
فكان فعله في معنى الزنا قوله لمكان اختلاف الصحابة يعني في انه ما فيه حرا او عبدا
على ما يجيء في كتاب المكاتب ان شا الله تعالى قوله وقد مر في كتاب النكاح اي في باب نكاح
اهل الشرك قوله فقذف مسلما حد جواب ظاهر الرواية وعلى قول ابي حنيفة اولا لا يحد
لان المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا وجه ظاهر الرواية

في حقه لا من

ما ذكره

ما ذكره في الكتاب وهو الاصح قوله لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم يدخل
تحت الرد رد بانه انما استفاد اهلية الشهادة على المسلمين فاما على اهل الذمة فقد كانت
الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه واجيب بانه ليس كذلك
بل استفاد بالاسلام اهلية الشهادة على اهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين
وهذه غير ما كانت تنجبر اقيم عليه الحد فانها كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه
بطريق التبعية للمسلمين فان اهلية الشهادة على الاشرف تقتضي اهليتها على الاخس وقيل
انه يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد اولا موجود قوله بخلاف العبد جواب
عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر
اذا اسلم وكلامه ظاهر واعترض بان المعقول ها هنا انعكاس حكمهما لانه لما كان
للكافر شهادة في جنسه يجب ان ترد شهادته بحد القذف فتتميما لحد القذف ثم يبقى ذلك
الرد ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء اصلا لم ينعقد الحد حال وجوده
موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب ان شهادته التي كانت في جنسه
مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها
بالاسلام فلا ترد ولم تقبل في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في اجابته الى حين
امكان الموجب وهو الرد والضرب سقوطا في نفذ فظاهر واعترض بان المقام بعد
الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا تكون رد الشهادة صفة لما اقيم
بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان تكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل يجعله صفة لما اقيم بعد الاسلام
او لا لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه
والجواب انا لا نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد
صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم تترتب التهمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر
بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الاخر نصا فينبغي ان كل واحد
منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد شهادته قائمة الحال فيتقيد به وعن ابي يوسف
انه يرد شهادته والاقل تابع للاكثر فكان الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن ابي
حنيفة ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة
الى اخره قوله ومن قذف او زنا الى اخره ظاهر ذكر في المبسوط لو قذف جماعة في
كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو
انت زان ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي ان قذفهم
بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف
عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر
فيجري فيه التداخل كسائر الحدود **فصل في التعزير** لما فرغ من
ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب او السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزاجر
الذي هو دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد واصله
من العزر بمعنى الرد والردع والاصل في هذا ان من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد
مقدر يجب التعزير قال في الفتاوى الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون
بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون

بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بنظر عبوس ولم يذكر محمد رحمه الله التعزير باخذ المال وقد
قيل روي عن ابي يوسف ان التعزير من السلطان باخذ المال جائز وذكر الامام التمرتاشي ان التعزير
الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل احد بعلة النيابة عن الله تعالى **قوله** ومن قذف عبدا
او امة ظاهر **قوله** في الجناية الاولى يعني ما اذا قذف عبدا او امة او ام ولد بالزنى لانه اي
القذف بالزنا من جنس ما يجب به الحد **قوله** في الثانية يعني قوله يا فاسق الى اخره **قوله**
لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه فيلحق الشين بالقاذف لان كل احد انه آدمي والقاذف
كاذب **قوله** صلى الله عليه وسلم من بلغ في غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ
وهو السماع واما ما يجري على السنة الفقهاء من التثقيل اصح فعلى حد في المفعول الاول والتعزير
من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوه يعرف بالتامل الصحيح واري ان يكون تقديره من بلغ
الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا
الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وهذا
حق ولان من اعتبر حد للاحداد فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير في الحديث ينافيه ووجه
نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا وهو ان البلوغ الى تمام الحد يتعذر وليس بعده قدر
معين كربع او ثلاث او عشر فصار الى اقل ما يمكن التنقيص به نظيره وقت الصلاة فان الكل لما لم يمكن ان
يكون سببا وليس بعده قدر معين صير الى اقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى وكلامه واضح
قوله فتقرب السبب والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر الجلدات **قوله** والقذف بغير
الزنا من حد القذف يعني فيكون فيه اقل الجلدات **قوله** والقذف يعتبر لانه يعني الحبس صلح تعزيرا
قوله وقد ورد الشرع به اي بالحبس وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس
رجلا للتعزير **قوله** ولهذا لم يشرع لم يشرع في التعزير بالتهمة لا يضاح ان الحبس يصلح
للتعزير اي فيما يجب فيه التعزير اي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشي الذي يوجب
التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان تشهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنا فقال يا فاسق
او كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لان في باب الحد شيا اخر
فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز ان يحبس في تهمته ليناسب اقامة العقوبة
الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير لا يتهمه يحبس بالتهمة فيهما عقوبة
الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيهما لكان لعقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه
الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس بتهمة موجب الزنى فلما كان الحبس
من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضمه الى الضرب ان راى ذلك كما ان للامام الراي في
تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس الى الضرب **قال** رحمه الله واشد الضرب التعزير
قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب
الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع ذلك وانما
كان ضرب التعزير اخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار
وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه لئلا يؤدي الى تفويت المقصود وهو الزجر واختلف
المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو يجمع الاسواط في عضو واحد
ولا يفرق على الاعضاء بخلاف ساير الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل
على ذلك ما روى ابو عبيد وغيره ان رجلا اقتحم على ام سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه

اقامة امر

ثلاثين سوطا بضع ويجد راي بشق وتورم ومعلوم ان عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير
ولعل المصنف اختاره يشير اليه **قوله** ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء
فلو كان الشدة عنده عبارة عن عدم التفريق لزمه توضيح الشي بنفسه **قوله** ثم
حد الزنا ظاهر **قوله** ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر ذكر مسئلتين احدهما
مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المامور به والاخرى على الاطلاق وهو
يقتضيها والفرق بينهما ان الامر يطلب المامور به وهو من لا ايتات وبين لا يحتمل التقييد بالشرط
لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على المامور ذلك الفعل بالامر فاتى المامور بما في وسعه
غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المامور به في ضرب الوجوب
واما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة
ولان الفعل المطلق في اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شا فعل وان شا لم يفعل فينبغي ان
يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق
وقال الشافعي في التعزير يجب الدية في بيت المال لان نفع المرور في الطريق عمله يعود على
عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان
الله تعالى اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم بالصواب

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر المزجرة المتعلقة بصيانة
الاموال لان صيانة النفس اقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكره في
الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه المستمع اليه على وجه الخفية **قوله**
وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة هي ان يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية
نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة والمعنى اللغوي وهو
من الغير على سبيل الخفية والاستسرار مراعى فيها قال صاحب النهاية اعلم ان ما نقله الشارع الينا
على ثلاثة اقسام احدها ما هو المقرر على ما انبانا اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة يوسف
ولما جهزهم بجهازهم والثاني ما هو المغير ولم يعمل بما انبانا به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكوة
والصوم فان الصلاة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوي وكذلك في
غيرها والثالث ما انبا به مقرر مع زيادة شي فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لان الصلاة
في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع زيادة اوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكوة هو
النماء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة اوصاف ويمكن ان يجاب
عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين **قوله** كما اذا نقب الجدار على الاستسرار
نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتدا وترك نظير الاول لظهوره وكان القياس ان
لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة اي مقاتلة بسلاح لان
ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد في وقت
الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا
الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع في اكثر السرقات لان اكثرها في الليالي تصير مغالبة في الانتهاء لانه
وقت لا يلحق الغوث **قوله** او من يقوم مقامه يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب
والمرتهن **قال** رحمه الله اذا سرق البالغ العاقل عشرة دراهم اذا سرق العاقل عشرة

عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على ما سيظهر لك معناه وجب
القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها
علة له كما عرفت والاية كما ترى عامة لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لان خطاب الشرع وهو تكليف
ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما
ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار واما اصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول
عن الحسن البصري استدلالا بظاهر الاية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب اصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان
لفظ السرقة يدل على ذلك لان اخذ المباح يسمى اصطيادا او احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه
لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه
مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم
اللغوي والتقدير بعشرة دراهم لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم
رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود رضي الله عنه قوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة
عرفا بان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة بالحديث
والمراد بالكتاب القدوري قوله وهو الاصح احتراز عما روي الحسن عن ابي حنيفة
ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عايشة رضي
الله عنها ان يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن حجفة او ترس
وروي مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه اخذ الشافعي فما وجه دفع ذلك
قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثنا عشر درهما وثلاثة
دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روي في السنن وشرح الاثار مسندا الى عطاء عن ابن
عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة
دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار الحديث
والى المعقول وهو ان العمل بما هيهنا يستلزم العمل بما هيهنا مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب
العمل به قال رحمه الله والعبد والحر فيه سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم
التساوي انما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيانه قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار
مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكلما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفي به فلا حاجة الى
الزيادة واذا الحقت هذا البيان وجدت هذا الاعتراض بالزنا ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا
قوله ولا اعتبار بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو
ما ذكر ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه قوله
وباب الرجوع جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه
لو اقر مرارا اكثر ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع في حق
المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا انه لا فايدة في تكرار الاقرار
لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال كالاقرار قوله واشتراط الزيادة
في الزنا جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا وينبغي ان يسالهم الامام عن كيفية السرقة
فيقول له سرق لجواز انه نقب البيت وادخل يده واخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ماهيتها لجواز ان يكون الماخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه

وهذا

وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها الا احاد الفقهاء فيحتاج الى حضور
الفقهاء شرطا لظهورها وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما يثبت بالبينة لجواز
تقادم العهد المانع عن القطع بوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه
ليس بمانع لعدمها فلا يسال عن الزمان فان قيل الشاهد في تاخير الشهادة هاهنا
غير متهم لانه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسال فيما اذا ثبت بالبينة كما لا
يسال فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسال فيما يثبت بالاقرار قلنا ان الجواب تقدم في باب الشهادة
عن الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب وقال في النهاية المحيط وبيانها
عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين
ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السوال
عن ذلك قوله ويحبسه اي المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة قوله واذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بما اذا
قتل جماعة واحدا فانه يقتل كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب
بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى الكل واحد منهما كملا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب
القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب ان يذكر قوله واذا
اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه اذا اصاب كل واحد نصابا كان مما يقطع فيه وان اصابه
اقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان مما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجوب النصاب قوله
لا قطع فيما يوجد تافها ظاهر والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الاحمر وتسكين الغين لغة قوله
وما يوجد جنسه مباحا قوله بصورته احتراز عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب
والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد
مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة قوله غير مرغوب فيه نصب
على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللولو والجوهر فانها توجد مباحة في دار الاسلام
ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروي هشام عن محمد اذا سرق منها على الصورة التي
توجد مباحة وهي ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع ووجه الظاهر انها ليست
تافهة جنسا فان كل من يتمكن من اخذه لا يتركه عادة قوله تقل الرغبات فيه جملة
استثنائية قوله والطباع لا تضن به اي لا يبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء الكسر
ايضا قوله فقلما يوجد اخذه على كره من المالك اي قليلا وجود لحوق المذلة بالمالك
عند اخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفاديا
عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزواجر قوله والطير تطير والصيد
يفر يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا يشرع الزواجر في مثله وهو معطوف
على قوله الخشب يلقى على الابواب قوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه
اي فيما يوجد جنسه مباحا وهو على تلك الصفة اي الصفة التي كان عليها وهي شركة
تحترز به عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا تورث الشبهة اي شبهة الاباحة
بعد احرازه والحد يندرئ بها وفي التعبير بالشركة العامة الى قوله صلى الله عليه وسلم

حة
اشاره صح

الناس شركاء في ثلاثة في الكلأ والماء والنار **قوله** لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير والصيد يفر
والسمك المالح هو القديد الذي فيه الملح **قوله** والحجة عليه ما ذكرناه يعني حديث
عائشة وما ذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شيء ابيض يقطع من راس النخل ويؤكل والودي
صغار النخل **قوله** كالمهيا للاكل يعني مثل الخبز واللحم وامثالهما لانه يقطع في الحنطة
والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان فلا قطع سواء فما يتسارع فيه
الفساد اولى **قوله** كاللحم والتمر اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والتمر راجع الى قوله
وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا وقال الشافعي يقطع فيهما اي فيما ذكرنا من اللبن واللحم
والفواكه الرطبة والطعام والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل
هو موضع يدخر فيه التمر والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز
ان يسمى الجران المتحد منه فكان المراد اتحاد الطرفين فجاز ان يكون الشك من الراوي قلنا اخرجه
على وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرين لا يؤوى الا اليابس من التمر وفيه القطع في الرواية
المشهورة **قال** رحمه الله ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان
هذا معلوما من قوله والفواكه الرطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد
لعدم الاحراز فيهما ولا يقطع في الاشربة المطربة اي المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب
الانسان لشدة حزن او طرب سرور وفسر السكر في اصول الفقه بانه غلبة سرور في
العقل فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المسكرة
وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة **قوله** لان بعضها ليس بمال اي بمال متقوم
كالخمر وفي مالية بعضها اختلاف يعني كالمصنف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند
ابي حنيفة متقومة خلافا لهما وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر في الايضاح ان
يقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد وكذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن
ابي حنيفة انه قال لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعازف
من الات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب **قوله** ولا في سرقة المصحف
ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى لعنهم الله والشطرنج بكسر الشين والنرد
معروفان ولا قطع فيهما وان كانت من ذهب او فضة **قوله** ان كان الصليب في المصلى
اي في موضع صلاة النصارى وهو متعبد لهم **قوله** وما عليه من الحلي تابع لانه لا يجوز
ان يكون مقصوده من الاخذ هو الحلي بل لا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلي
وترك الصبي **قوله** لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه
القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقطه كما لو
سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مصرورة **قوله** وعلى هذا
اذا سرق انا فضة ظاهر والدفاتر جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت
للتفسير او الحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر
الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم
فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب
القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القران والحاجة وان قلت كفت
لايراث الشبهة ومن الناس من الحقها بدفاتر الحساب لكونها محتاج اليها في معرفة احكام

الشرع

الشرع ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في دف ولا طبل والدف بضم الدال وفتحها
الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما طبل الغزاة فقد
اختلف فيه المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح
لغيره وكل صالح فيتمكن فيه الشبهة **قوله** لانه يعد مما لا قيمة له بدليل ان متلفه لا يضمنه
وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن احدهما ساوله الكسر فيه فكان
ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والابنوس
بفتح الهمزة وفتح الباء معروف **قوله** ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام انما
قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها على الاباحة في دار الحرب **قوله** واذا اتخذ من الخشب
اواني فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففي
الخشب تغلب الصنعة على الجنس فيخرجه عن الجنس المباح بان يزداد ويحصل في قيمته ويعزه
بحيث انهم يدخلونه في الحرز واما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز حتى لو
غلبت الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع **قوله** وانما يجب القطع اي في الابواب ب
في غير المركب في الجدار اما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان
القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة
فلا يكون محرزة قيل هذا في الباب البراني واما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لا نه
محرز بالبراني **قوله** وانما يجب اذا كان خفيفا ظاهر **قوله** ولا قطع على خائن
الخائن الخيانة هو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب ان يأخذ على وجه
العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية والاختلاس ان يأخذ من البيت بسرعة جهرا والوجه ما
ذكر في الكتاب وهو واضح **قال** رحمه الله ولا قطع على النباش اختلف الصحابة رضي الله
عنهم في مسألة النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير بوجوب القطع على
النباش وقال ابن عباس رضي الله عنهما لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من بقي من الصحابة
في عهدهم وان عليا روي ان نباشا اتي به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا
فعزروه اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله وبالاول ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز
بحرز مثله فيقطع فيه اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه لان النباش فان الباس الثوب
الميت لا يخرجه عن التقوم وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان واما قوله بحرز مثله
بحرز الحرز لما بينه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل
يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها
ثوب فسرقه لم يقطع لان الشاة لا تحرز بالحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون
دخول الادمي واخراج ساير الاموال **قوله** ولهما اي ولابي حنيفة ومحمد وكلامه
ظاهر لا يحتاج الى الشرح **قوله** وان كان القبر في بيت مقفل بسكون القاف من اقفل
الباب **قوله** فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا
كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء نبش الكفن او سرق مالا
اخر من ذلك البيت لانه بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل احد من
الناس تاويلا بالدخول فيه للزيارة وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة

وفيه المبت منهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الايمة والاصح عندي انه لا يجب القطع
لاختلاف صفة المالكيه والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه **قوله** لما بينا اشارة الى
قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي والمعقول وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة
قوله ولا يقطع السارق من بيت المال لظاهر **قوله** لما قلنا اشارة الى ما يفهم من قوله
لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا ولما قلنا اشارة اليه
قوله والحال والمؤجل فيه اي في عدم القطع سوا اما اذا كان حالا فظاهر واما اذا
موجلا فلان التاجيل لبس الا التاخير المطالبة واما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة ايضا
والقياس ان يقطع لانه سرق ما لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان
ان الاخذ ان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء **قوله** وكذا
اذا سرق زيادة على حقه ظاهر **قوله** لانه له ان يأخذه عند بعض العلما يريد به ابن ابي ليلى فانه
يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية
ومن العلما من يقول له ان يأخذ رهنا بحقه واختلاف العلما يورث الشبهة قلنا هذا القول
لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف
في الحقيقة لتحقق التفاوت فلا يترك القياس ولا يعتبر به ولا تصال الدعوى به حتى لو ادعى
ذلك اي انه اخذ قضا لحقه او رهنا به درى الحد عنه لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك
عن شبهة وان كان هو مخطيا في ذلك التاويل عندنا **قوله** ولو كان حقه دراهم
ظاهر **قوله** وقيل لا يقطع قيل هو الاصح لان النقود جنس واحد كما في الزكاة والشفعة
قوله ومن سرق عينا ظاهر **قوله** لان الثانية متكاملة كالاولى وجه التشبيه هو
ان المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها
او اتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما انه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة
فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية واما كونه اقبح فظاهر
لتقدم الزاجر **قوله** ولنا ان القطع اوجب سقوطه عصمة المحل على ما يعرف من بعد
اشارة الى قوله بعد اوراق ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت
يمينه الى اخره وسقوط عصمة المحل يوجب انتفا القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع
لكنها اعادت بالقطع لرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة
العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك احترازا عما لو تبدل الملك في ذلك وهو واجب
عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الى اخره **قوله** والمحل احترازا عما اذا تبدل المحل كما في
صورة الغزل وهو **قوله** فيما يجي وبقوله فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا
الى اخره **قوله** وقيام الموجب يوجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل
القطع **قوله** بخلاف ما اذا كرر يعني ابا يوسف من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف
جنسه سببه واصله حديث بريرة رضي الله عنها وهو معروف **قوله** ولان تكرار الجناية
معطوف على قوله ولنا ان القطع فهو دليل اخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة
ما قطع فيه نادر لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعرى عن مقصود الاقامة وهو
تقليل الجناية فلا يحتاج اليها وصار كما اذا قذف الحد ودفي القذف المقذوف الاول
بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عراه عن مقصود الاقامة فانه قبل نظير مسئلتنا حد

الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله ثم حد الزنا يتكرر بتكرار الفعل في محل
واحد حتى ان من زنى بامراة فحد ثم زنى بتلك المراة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف
فان فيه حد القذف العبد خصوصا على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة
الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل
ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفي
الا بخصومة فلا يتكرر بتكرار الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق
بين المتنازع فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفي والمستوفي في المدة
الثانية غير المستوفي في المدة الاولى لانه الاول تلاشى واضمحل والمسروق في المتنازع فيه
هو بعينه المسروق في المدة الاولى **قوله** فان تغيرت عن حالها ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله اتحاد

فصل في الحرز والاخذ منه

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في
بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع بقرابة الولاد ان البسوطة في
الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع النظر لزينة الظاهرة وهو الوجه والكف على
ما يجي في كتاب الكراهية **قوله** وفي الثاني يعني في ذي الرحم المحرم خلاف الشافعي رحمه الله
فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد
بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي انه لا يقطع لعدم الحرز
ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره قطع لوجود الحرز **قوله** وان سرق من
امه من الرضاع ظاهر **قوله** والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا يحترم اي لا يجعل حرمتها
كونه عادة كما اذا ثبتت يعني المحرمية بالزنا فانه سرق من بيت بنت المراة التي زنى بها لا يعد
شبهة في قطع اليد بل يقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة
قوله واقرب من ذلك اي من الحرمة الثابتة بالزنا الاخت من الرضاع يعني ان الام
من الرضاع اشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت
الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه
الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع اقرب من الحاقه بالزنا **قوله** وهذا اي القطع مع الدخول
عليها من غير استيذان وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا تسقطه كحرز لعدم وقفه لتهمة بخلاف
النسب واذا سرق احد الزوجين من الاخر ظاهر **قوله** ودلالة معناه انها المبادلة نفسها
وهي نفس من الاموال فلانه تبذل الى الاولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين
لا تقبل للاخر عندنا وعنده يقبل في احد قوليه بل هذا اولى لان هذه البسوطة لما منعت
قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندري بالشبهات اولى **قوله** وهو ماسور
[illegible]را وتعليلا يريد به ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اتي برجل فقد سرق من الغنم فدرا
عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا **قال** رحمه الله والحرز على نوعين الحرز في اللغة
عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال هو ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز
لمعنى فيه وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال
كالدور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحافظ كمن جلس في
الطريق او في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما ينفك عن الاخر فقد ثبت ان رسول

الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نايم في المسجد وهو ليس بحرز
لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح وصاحبه
ليس عنده يقطع ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز فلو سرق من بيت ماذون له بالدخول فيه لكن ما لكه
يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر في العيون انه عند
ابي حنيفة يقطع فيه ووجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون
المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان
لا يجب القطع فيه اذا اخذ المال بزوال يد المالك بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والحرز
بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال بزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة وهذا ايضا مما يدل
على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نايما والمتاع عنده او تحته
قوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا لان النايم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه **قوله** هو
الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حال نومه اذا جعل
المتاع تحت راسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذوا
ذلك من **قوله** في الاصل المسافر ينزل في الصحرا فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع
قالوا وقوله يبيت عليه يشير الى انه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الايمة وقال
المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى يعني
قال فيها انهما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكر شمس الايمة ثم قال
وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا
فعليه الضمان واما اذا كان في الحضر واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا
كذا في النهاية **قوله** ولا قطع على من سرق من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه او من بيت
اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة يعني في الحمام او حقيقة يعني في البيت الذي اذن
للناس في دخوله **قوله** ويدخل في ذلك اي في قوله او من بيت اذن للناس في دخوله **قوله**
الا اذا سرق منها ليلا استثنا من قوله ولا قطع **قوله** ومن سرق من المسجد متاعا ظاهر **قوله**
ومن سرق سرقة اي مالا وسمي المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة مصحفا
قوله وان كانت فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت **قوله** وان اغار انسان اي
دخل بسرعة قال في النهاية ناقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الايمة الحلواني والصيمري واما لفظ محمد
فهو وان اغار انسان من اهل المقاصير انسانا على متاع من بيت مقصورة اخرى ولفظ شمس الايمة
السرخسي كذلك وكانه اصح لان الاغارة في باب السرقة لا السرقة اخذ مال في خفا وحيلة ولذلك
سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في المجاهرة مكابرة ومبالغة وقيل
يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير يدخل على بعض اخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن اعين الناس ومثل
هذا المعنى لا يليق [illegible] الاغارة واذا صح المعنى جاز ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد رحمه الله وكان
قول المصنف فسرق منها بعد قوله اغار اشارة الى ما بين الجنسين **قوله** لما بينا اشارة الى قوله
لان كل مقصورة الى اخره **قوله** واذا نقب اللص البيت ظاهر **قوله** وهو بنا على مسئلة تاتي
بعد هذه اشارة الى مسئلة نقب البيت **قوله** والقاه في الطريق واضح وحاصله ان يده يثبت
عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم يزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده
حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع **قوله** ولم يعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله

كما لو

كما لو اخذه غيره بان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم
تسقط اليد الحكمية هاهنا لم يرد ما ذكره زفر انه خرج من الحرز ولا مال في يده **قوله** فاعتبر الكل
اي القاوه في الطريق ثم اخذه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد
كذلك هذا **قوله** وان اخرج ولم ياخذ جواب عن قوله كما لو خرج ولم ياخذ **قوله** وكذا اذا
ان حمله على حمار ظاهر **قال** رحمه الله واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع
المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت
واخرج المتاع ولم يدخل غيره فانه يقطع من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم
التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل والفرق بينهما انهم لما لم يدخلوا البيت لم
يباشروا معا هتك الحرز بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم فلو اهذا اذا كان الاخذ
الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الاخذ الحامل صبيا او مجنونا فلا
يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للاخر الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو اصل لا يجب على من هو
تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبيرا الكل فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول ابي حنيفة
ومحمد لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال ابو يوسف
يجب القطع الا على الصبي والمجنون **قوله** ومن نقب البيت واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب
الى غطريف بن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود في
عصره ببخارى كذا في المغرب ويويد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اللص اذا كان
ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخل **قوله**
بخلاف الصندوق جواب عن قوله كما اذا دخل يده في صندوق قال الصيرفي فان قيل لو كان الكمال
في هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من جمع بعض القوم المتاع
دون بعض لان فيه شبهة العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد وان طر صرة الطرار وهو الذي
يطر الهميان اي يشقه او يقطعه والصرة وعا الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة
هاهنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور
في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس يجري على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا
ادخل يده في الكم قطرها **قوله** ولا يوجد هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه
قوله في الوجهين اي من الخارج والداخل **قوله** ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط
خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج
في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما
اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم
خارج الكم ظاهرة بحلوله فكانا لاخذه من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ
المال لانه وان ادخل اليد في الكم الا انه ادخلها لحل الرباط لا لاجل المال من الكم وهذا معنى
قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة **قوله** لانه يعتمده اي لان صاحب الكم يعتمد
الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال
لا يخلو من احد امرين قطع المسافة او الاستراحة وذلك لانه اما ان يكون في حالة المشي
او في غير حالته ففي الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفي الثاني قصده الاستراحة
والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا ترى ان من شق الجوالق الذي على ابل فيسير واخذ

الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق وحرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالق ما كان بحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لا يقطع لان السائق والقائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق والحفظ فلم تصر الجوالق محرزا به مقصودا على ما هو المذكور في الكتاب **قوله** وان سرق من القطار بعيرا الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاوا ارسالا **قوله** وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح

فصل في كيفية القطع واثباته

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند موصل طرف الذراع في الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه فالقطع بما تلوناه يعني قوله تعالى والسارق والسارقة الاية والبيمين بقراة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل متيقن به من حيث القطع او المقطوع لكونه اقل فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا مكررا او فيما قلنا قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الابط الا ان فيه تكثير المقطوع ○ **قوله** كيف وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند والحسم روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سارق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث **قوله** لانه لو لم يحسم ظاهر **قوله** وخلد في السجن حتى يتوب حاصله ان السارق لا يوتى على اطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه اول سرقة ورجله اليسرى في ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعي بعد الرابعة يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل **قوله** ويروى مفسرا كما هو مذهبه هو في حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الاولى يقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى **قوله** ولان الثالثة ظاهر **قوله** لحجهم اي غلبهم بالحجة يقال حاجه فحجه يحجه اي ناظره بالحجة فغلبه بها **قوله** بخلاف القصاص جواب نقريره لو قطع رجل اربعة اطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له يد ياكل بها ويستنجي بها ولا رجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادرا لوجود وتقرير الجواب ان القصاص حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص والحديث الذي رواه الشافعي دليلا على دعواه هذه طعن فيه الطحاوي قال تتبعنا هذه الاثار فلم نجد لشي منها اصلا اشار بها الى ما رواه الشافعي وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او نحمله على السياسة ○

بدليل

بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة **قوله** لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني ان كانت يده اليسرى ماوفة او مشلا او كانت رجله اليسرى كذلك وبا في كلامه ظاهر **قال** رحمه الله واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق الحداد هو الذي يقيم الحدود فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما امر به فانه امره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضا قبل ان يقول له اقطع قال في المبسوط لا شي عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضا الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا وان كان يؤدب الامام لانه اسا الادب حين قطعه قبل ان يامر الامام به وكلامه واضح **قوله** بغير حق دليله ان الحق في اليمين في السرقة وهو ايضا لم يقطع يسارا احد تكون حق قطع اليسار قصاصا ولا ثاويل حيث لم يخطي لان الكلام فيما اذا تعمد في قطع اليسار فلا يعفى كما لو قطع رجله او انفه وان كان في المجتهدات لان المجتهد لا يعذر فيما اخطا فيما اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة وهي قوله تعالى فاقطعوا ايديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال **قوله** ولابي حنيفة تقرير القول بالموجب لما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لكنه اخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا وعلى هذا التقدير لو قطعه غير الحداد اي لو قطع يسار السارق لا يتفاوت بين ان يكون قاطع اليسار مامور الحاكم او اجنبيا غير مامور **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال ضمنه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطا الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك ورد السرقة ان كان قايما وعليه ضمانه في الهالك **قوله** ولو اخرج السارق بيانه ظاهر **قوله** ثم في الجمع عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله عليه اي على السارق ضمان المال المسروق ان كان هالكا لانه لم يقع حدا وانما خص ابا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى ان يتوهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فازال ذلك بنبت ان وجوب الضمان ابدا نابان القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار انه اخلف خيرا لا باعتبار ان القطع وقع حدا واما على مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا **قوله** وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة وعلى طريقة الاجتهاد الذي قلنا في طرق ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان اليد عن الحداد يبطل بطريق الاجتهاد لا يضمن السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان **قال** رحمه الله ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف العلما في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن ابي ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى

وقال الشافعي ان اقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لان
الشهادة تنبني على الدعوى في الحال فما لم يحضر هو او نائبه لا تقبل شهادته وان غاب بعد
ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء
وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال الرد الاقرار والاقرار له بالملك بعد
الشهادة وبه ينتفي السرقة وكل ما هو شرط لشي لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره ه
استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه في الكتاب واضح خلا ان فيه توهم التكرار لان
معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الجناية على مال الغير
الخصومة شرط لظهورها اي لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول لتعليل الاشتراط
الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان
الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وقد تقدم **قوله** وصاحب الربوا فيه صورته رجل باع عشرة
دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر
العاقد الاخر من عاقدي الربوا لانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف
رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق **قوله** وكل من له يد حافظة بين متولي الوقف
والاب والوصي ولو سرق سارق من احدها ولا خاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام
الملك **قوله** الا ان الراهن استثناء منقطع وقد اختلفت نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا ان الراهن
انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين وبعده وفي بعضها حال قيام الرهن
بعد قضاء الدين واستصوبه الشارح لانه نقلا وعقلا اما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح
والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه
لا سبيل له على اخذ الرهن **قال** وان قضى الراهن الدين فله ان يقطعه لان له ان يأخذه وكذا
في الايضاح واما عقلا فلان السارق انما يقطع بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن
ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير في بدونه راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة
الاولى الى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن امرين قيام المرهون حتى لو هلك
لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ فيتحول ولاية
الخصومة في الحكم واختلفا في تخريج المناط فالشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء المذكورين
في الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة
الحفظ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر في حق القطع لان فيه اي في ظهوره في حق
القطع تفويت الصيانة لان المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون
فيه تضييع لا صيانة وهم مامورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها
وهذا ظاهر والسرقة قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة
معتبرة مطلقا اي غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية ه
فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية لان الاعتبار لحاجتهم الى
استرداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة
لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هؤلاء اما المستأجر
والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل واما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخليصا للذمة
عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت ان الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورية

الحفظ

الحفظ فلا يظهر في حق القطع **قوله** والمقصود من الخصومة اي مقصود صاحب اليد احيا
حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمني غير
معتبر وهو جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة **قوله** ولا معتبر بشبهة
موهومة الاعتراض جواب سؤال مقدر تقديره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق
بدون حضرة المالك كما مر في مسئلة قبل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر للسارق بالمسروق وتوجيه
الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا يعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن فان فيه شبهة
موهومة ايضا وهو ان يحضر المرتهن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق ذلك
ومع ذلك لم يشترط حضور المرتهن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وقيد بظاهر
الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله ان المالك ليس له ان يقطعه حال
غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز ان
يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة
في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم يحضر مع ان العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة
للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار موجودة وشبهة الاذن ه
بالدخول في الحرز او الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع اجيب بان
الفرق من حيث ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة
في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك **قال**
رحمه الله وان قطع سارق بسرقة المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل
قطع يده او بعده فان كان الثاني لم يكن له اي للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق
الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان ه
بالهلاك فلم ينعقد موجبة لنفسها والثاني ان يده لم تكن من الايدي التي ذكرناها من ملك
ووديعة وخصومة ومن هذه صفته لا يعتبر في القطع واما المالك فللوجه الاول ه
قوله للاول اي للسارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته
ان الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد
الصحيحة عبارة عن ان يكون يد ملك او ضمان او امانة ولم توجد وان كان الاول يقطع ه
بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع ولذا الخروج بيده عن كونها
يد ضمان كان كذلك وقد انتفى ذلك هنا ركا لغاصب والدربان الشبهة لعدم القطع ههنا
ولهذا قرن المصنف بينهما ومن سرق سرقة فردها على المالك فاما ان يردها قبل الارتفاع
الى الحاكم او بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يقطع
اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة بجامع ان القطع حق الله فلا يحتاج فيه الى الخصومة
فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء ووجه ظاهر الرواية ان الخصومة شرط
لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة يعني ان السرقة
تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت
ان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصومة قد انقطعت بالرد الى المالك ه
فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها فلا قطع بدون ظهورها
وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استر

داد

المال الى المالك والشي يتقرر بانتهايه لانه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لانه يبطل لكنها اعني الخصومة
تجعل باقيا بتقدير الاستيفا القطع والرد الى ابن المسروق منه والى اخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا
الى امراته او اجير مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او امه او جده سوا كانوا في عياله او لم يكونوا
كالرد الى نفسه استحسانا ولو ان القاضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك وسلمه اياه او باعه
منه لم يقطع وانما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم يتصل
بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف قالوا لان السرقة
قد تمت انعقادا باخذ المال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك ه
وظهورا لان الغرض انه قضي بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها او بهذا العارض يعني ثبوت الملك
للسارق بسبب الهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك بهما انما يكون على
وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احتراز عما اذا قربه المسروق منه للسارق فان
الاقرار يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة
فيكون شبهة ولنا ان الامضا من القضا يعني الاستيفا الحد من قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع
او بالرجم او بالجلد في هذا الباب لا يغني عنه باب الحدود لوقوع الاستغنا عنه اي عن القضا ه
بالاستيفا يعني ان القضا في هذا الباب لا يغني عنه الا بالاستيفا لان القضا للاظهار ولا اظهار
ها هنا لان القطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده فلو لم يجعل الاستيفا قضا في هذا الباب لعري عن
الفايده بالكليه وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضا فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المطلوب
فلا حاجة الى جعل الامضا من تتمة القضا وهذا فقه تفويض استيفا الحد والى الايمه دون
ساير الحقوق واذا كان كذلك اي اذا كان الامضا من القضا يشترط قيام الخصومة عند
الاستيفا كما يشترط وقت ابتدا القضا وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجود
القضا يراعي وجوده الى وقت الاستيفا لان المعترض قبل الاستيفا كالمقترن باصل السبب بدليل
العمى والخرس والرده والفسوق في الشهود فان الحد لا يستوفى اذا كانت الشهود على هذه
الاوصاف وقت الاستيفا بالاجماع ذكره في الاسرار **قوله** وصار كما اذا ملكها قبل القضا
يعني صار الملك الحادث بعد القضا قبل الاستيفا كالملك الحادث قبل القضا لانه لم يمض فكانه
لم يقض ولقايل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة
قبل الاستيفا ولم يكن الاستيفا تمة من القضا حتى اوجبتم القطع وها هنا جعلتم الاستيفا من
القضا وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفا
من القضا في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ
وها هنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك فكان شبهة في درء الحد **قال** رحمه الله
وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب هذا معطوف على قوله فوهبت له **قوله** يعني
قبل الاستيفا بعد القضا بان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير
قوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان هلك درهم من العشرة او استهلكه وهذا
بنا على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن
ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفا بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فلذلك
عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر
ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتدا يشترط قيامه عند الامضا لما ذكرنا ان الامضا

من القضا والفرق بينه وبين النقصان في العين ان النقصان في العين مضمون عليه اي على
السارق والضمان قايم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا او قت الاخذ ودينا وقت الاستيفا
كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر فغير مضمون فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا
فادا ادعى السارق ان العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة وفسره المصنف بقوله
معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار
بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لافضايه
الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة داريه والشبهة يتحقق بمجرد الدعوى
لاحتمال الصدق ولا معتبر بما قاله لانه لا يعجز عنه سارق بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح
وما من مقر الا ويتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة كذا هذا وفيه نظر لان
الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم ان يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة
مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه
وليس كلامنا فيه واما بالنسبة الى المقر فيهما سوا **قوله** واذا اقر الرجلان بسرقة مبناه على
صحة الرجوع **قوله** لان الرجوع عامل في حق الراجع يعني لعدم المكذب ومورث للشبهة في
حق الاخر لان الشبهة تثبت باقرارهما على الشركة فيكون فعلا واحدا **قوله** لانه لو حضر ربما يدعي
الشبهة يعني ومن حاز به الحد عن نفسه وعن الحاضر ولو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا
يجوز وجه القول الاخر ان تمنع ثبوت السرقة على الغايب لان القضا على الغايب لا يجوز فكان الغايب
في هذه الشهادة كانه معدوم والعدم لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة
هي المحققة الموجودة لا الموهومة على ما مر بريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض
قال رحمه الله واذا اقر العبد المحجور عليه اذا اقر العبد بسرقة مال فاما ان يكون ماذونا
له او محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما ان كذبه المولى وصدقه فان صدقه يقطع في
الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفا المانع وان كذبه وهو ماذون له قطعت يده عند
العلما الثلاثة سوا كان الاقرار بمال قايم او مستهلك ويرد القايم على المسروق منه وان كان
محجورا عليه فان اقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان اقر بمال قايم بعينه في يده
قال ابو حنيفة تقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف تقطع يده وقال
محمد لا تقطع يده والمال للمولى وحكي عن الطحاوي رحمه الله انه قال سمعت استاذي بن ابي عمران
يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به الامام محمد ثم رجع وقال كما قال
ابو يوسف فاخذ به ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه واصل ذلك ان القطع
اصل او المال فقال ابو حنيفة القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو
قال لا ابغي المال ولا ابغي القطع لم يسقط القطع وقال ابو يوسف كل منهما اصل اما اصالة القطع
فيما قالوا في الجواب اذا قروه لسرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في
حق القطع دون المال واما اصالة المال فلانه اذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والحصو منه
شرط ولولا ان المال اصل والقطع تبع وجهه وجه ابي يوسف في اصالة المال واذا ثبت هذا
ظهر في الكتاب سوى الفاظ بيسها **قوله** في الوجهين يعني فيما اذا كان المال قايما بعينه او
مستهلكا **قوله** في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا عليه او ماذونا له
وفيما اذا كان المال قايما او مستهلكا **قوله** لانه يرد على نفسه يعني فيما اذا اقر بقتل العبد

له

ان العبد صحر

عمدا وطرفه يعني فيما اذا اقر بالسرقة **قوله** واو اخذ بالضمان يعني في المستهلك **قوله**
والمال يعني اذا كان قايما في يده **قوله** من حيث انه ادمي يشير الى ان وجوب الحد باعتبار انه
ادمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الحر
كاستحقاق الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على عبده الاقرار في العبد
فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق **قوله** ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال يعني لما صح
انه اقراره من حيث انه ادمي يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها لان ادميته لا ينفك عن ماليته
قوله لما يشتمل عليه اي على العبد من الاضرار لانه ما يلحقه بالضرر باستيفا العقوبة
منه فوق ما يلحق المولى ومثله مقبول على الغير اي ومثل ما كان الضرر بالاقرار فيه ساريا الى
المقر والى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا
شهد الواحد عند الامام برويته هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها
في ساير المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس
اذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرما **قوله** ولا
قطع على العبد في سرقته اي في سرقة مال مولاه **قوله** يؤيده ان المال اصل فيها
اشارة الى ما مهدناه من الاصل **قوله** حتى يسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل
ان يقول اطلب منه المال دون القطع ويثبت المال دونه كما اذا شهد رجل وامراتان
او اقر بالسرقة ولا يثبت القطع دون المال **قوله** فلا يصح في حقه فيه اي فلا يصح
اقرار العبد في حق المولى في المال **قوله** والقطع يستحق بدونه اي بدون المال
لانه احد الحكمين ينفصل عن الاخر الا ترى انه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل
وامراتان وكذلك يجوز ان يثبت القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك **قوله**
لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي **قوله** فيصح بالمال بنا عليه
اي لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه ادمي مكلف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بنا على صحة
اقراره بالقطع الماهد بناه من اصله **قوله** لان الاقرار يلاقي حالة البقا يريد ان الاقرار
بالشي اظهار امر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقا على الاخبار **قوله** حتى يسقط بالرفع
لا لتخفي بمعنى الغا **قوله** باعتبار اي باعتبار القطع لما تحي من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع
الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير
حاله من التقوم الى غيره لان مقصوديته انما يكون بالتقوم وكذلك استيفا القطع بعد
استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع وجود الاصل **قوله** بخلاف الحر جواب عما
استشهد به ابو يوسف بقوله اذا كان الحر الذي في يد زيد ابن عمرو لا يلزم اخرم وبيانه
ان الحر لا يسمع قوله بسرقته من عمرو وفي حق الرد الى عمرو لا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه
جعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه الحجة لما مر ان السارق اذا
سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال واما هاهنا فلو لم يرد
المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال مال المولى فحينئذ لا يجب القطع لان العبد
اذا سرق مال المولى لا يقطع يده ثم اتفق ابو حنيفة وابو يوسف على قطع يد العبد فقد
جعلاه سارقا مال غير المولى فيرد الى الذي اقر بالسرقة منه **قوله** ولو صدقه
المولى قدمناه في اول البحث **قال** رحمه الله واذا قطع السارق والعين قايمة في يده

كلامه

كلامه واضح **قوله** كاستهلاك الصيد المملوك في الحرم يعني من حيث انه يجب قيمته للمالك وقيمة
اخرى لحق الله تعالى لارتكاب المحظور **قوله** او شرب الخمر للذمي يعني على اصلكم فان ضمان الخمر
بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه لا يقال هذا الحديث
يدل على ان الغرم اذا كانت قايمة لا يرد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما **قوله** ما يودي الى
انتفايه انما كان يودي الى انتفايه هو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع **قوله** اذ لو بقي يعني معصوما
حقا للعبد لكان مباحا في نفسه لانه عرف بالاستقراء ان ما هو حرام حقا للعبد فهو مباح للعبد
في نفسه فكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه فحينئذ يصار الى الحديث فاذا لم
يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه وهذا معنى ما
ذكر في المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق في حق
العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفا القطع لانه ما يجب لله تعالى فتمامه
بالاستيفا فكان الحكم الاخذ مراعى ان استوفي به القطع تبين ان حرمة المحل في ذلك الفعل
كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين ان حرمة المالية والتقوم
كان للعبد فيجب الضمان **قوله** لان العصمة جواب سوال تقريره العصمة لما
انتقلت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب ان لا يجب الضمان عند
الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب ان سقوط
العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى
الى فعل اخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة
وهو لونه حراما لغيره يعتبر فيما هو السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون
لان تجعل السبب الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب
فلا يعتبر فيه الشبهة ووجه المشهور وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك ان
الاستهلاك اتمام المقصود بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوايجه
فكان تتمة للسبب لانه فعل اخر فتعتبر الشبهة فيه لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس
السبب **قوله** وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها
في حق الهلاك لانتفا المماثلة قال في النهاية اي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك
لازم من لوازم من ضرورات سقوط العصمة في فصل الهلاك واقول معناه سقوط
العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك
وبيان الملازمة انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك
غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية
لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه احد ضمنه هلك عنده
او استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك
ولا مماثلة بين المعصوم في الحالين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه
اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة
سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي

فينتفي القطع للشبهة اذا الشبهة هي ان يكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه

الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يوخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام بعينه فلا يحل الضمان لانتفاء المعاد له وكلام المصنف مايساعده فتامل قال رحمه الله ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها كلامه واضح قوله اما ان الحاضر ليس بنايب عن الغايب تقريره الحاضر ليس بنايب عن الغايب ليس له الخصومة في حق الغايب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغايبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة ولنا ان الواجب بالكل اي بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله تعالى وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك والخصومة شرط الظهور عند الحاكم وقد وجد ذلك نصابا بالنسبة الي الجميع لان الشرط يراعي وجوده لا وجوده قصدا فاذا استوفي يعني ذلك القطع الواحد فالمستوفي كل الواحد لا ترى ان نفعه وهو الانزجار يرجع الي الكل ذلك القطع الواحد فالمستوفي كل الواحب لا بعضه فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراة عن ضمان المسروق ولو ابراه الواحد عن ضمان الكل فضالم يبرا فكيف يبرا اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كالبيع الشرب ووقف المنقول ثم ها هنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم ان وقوع القطع لجميع السرقات بالاجماع وقد علمت ان القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحد منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فلذلك سافض قوله وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد يعني لو سرق النصب من شخص واحد وحضر الخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله اعلم بالصواب

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة ابدا تتلو الثابت ذكرا ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم قطع قيد بقيدين الاول ان يكون الشق في الدار وان يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا اشتق في الدار ونقصت قيمته بالشق عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة ويملك المضمون ولهذا قلنا ان المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البايع ثم فسخ البايع البيع فانه لا يقطع هناك فلذلك ها هنا والجامع بينهما ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قولهم مثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعروف ليس بموضوع له وانما هو موضوع سبب للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك وانما الملك يثبت له ضرورة اذا الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو سبب للضمان لا تورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا لم يعتبر شبهة

وكما

وكما اذا سرق البايع معيبا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فلذلك ها هنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما ذكر اي ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبايع لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا يبقا الاشكال عندكم القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب واورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل بعد السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع الباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشي اخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لان ملكه مستند الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة فلا يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولي وهذا كله اي هذا الخلاف مع التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما يجي تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة قوله وان سرق شاة فذبحها ظاهر قوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي يساوي عشرة دراهم فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وهو ظاهر قوله واصله في الغصب يريد به ان ما ينقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة ينقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه عنده خلافا لهما لهما ان هذه تبدل الصنعة الى العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك وله ان عين المسروق منه باق والصنعة الحادثة ليست بلازمة فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ها هنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان العين الباقي المتقوم اولى من الزايل الغير المتقوم قوله فلم يملك عينه اي عين المسروق وفي بعض النسخ عينها اي عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرها لان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة قوله وان سرق ثوبا فصبغه احمر قال في النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغ احمر قال صاحب النهاية الى اخره فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل على التعقيب ولكن قول المصنف لا ترى انه غير مضمون الى اخره انما يستقيم اذا كان صورة المسئلة ما قال ليخرج المذهبين واعتبار محمد واضح قوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الصبغ قايم صورة ومعنى اما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قايم صورة لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك فكان جانب السارق مترجح كالموهوب له اذا صبغ فان حق الموهوب الواهب منقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعني التي اعتبرها صورة النزاع لان حق كل واحد منهما قايم صورة

اصلا فاما لو كان الصبغ اسود بان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند ابي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى فلا يوجب انقطاع حق الملك واما عند محمد فان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لا يقطع حق المالك والله اعلم

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك ومن يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق وانما اخره عن السرقة الصغرى لانها اكثر وجودا منه **قوله** واذا خرج جماعة قيل ذكر لفظ الجماعة ليبينا ولا المسلم والذمي والحربي والحر والعبد واراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح **قوله** فلهم حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله فاذا اخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب **قوله** والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك ان الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة او **قوله** وهي هذه الثلاثة المذكورة يعني في قوله فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا او يقتلوا نفسا **قوله** والاخذ وان مال مسلم او ذمي **قوله** فان قتلوا ولم ياخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل واخذ المال **قوله** ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال اي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق فلا يليق تغليظ الحكم اي الجزاء بتغلظ الجناية كالتخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف وبالعكس وهو خلاف مقتضى الحكم والكلام في البحث قد قررناه في التقرير مستوفى **قوله** فلانه المراد بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان الاخذ العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له **قوله** وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الى اخره قال الحسن بن زياد فالشرط ان يكون نصيب كل منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وها هنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان الا في عشرين درهما قلنا تغلظ الحد ها هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سوا **قوله** كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كان يده اليسرى شلا او مقطوعة لم يقطع رجله اليسرى واما اذا كان يده اليمنى مقطوعة فانه يقطع رجله اليسرى **قوله** فالامام بالخيار حاصله ان الامام بالخيار في الجمع بين العقوبة بين قطع الايدي والارجل مع القتل والصلب وبين القتل والصلب ابتداء من غير قطع الايدي والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك القطع قطع الايدي والارجل بين القتل والصلب فكان الخيار للامام في موضعين هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف معه لانه اي قطع الطريق

جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس دخل في النفس في باب الحد كحد القذف والرجم كان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم ولا عبرة لان القتل يأتي على ذلك كله **قوله** ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف وهو ظاهر والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنى لا تتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة ثم مات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والبعج الشق من حد منع **قوله** عن الكرخي مثله اي مثل ما نقل عن ابي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت **قوله** توقيا عن المثلة لانها منهي عنها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور **قوله** بما ذكرنا اي بالصلب ثلاثة ايام **قال** رحمه الله واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه فيما اخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح **قوله** انحازوا اليهم اي انضموا **قوله** وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح جعله الامام التمرتاشي رحمه الله حالة خامسة من احوال قطاع الطريق فالمصنف لم يذكره في الاجمال بل سمى رابعة لان مراد المصنف الاحوال التي يتعلق بها الاجزية المذكورة في النص حدا وهي اربعة كما ذكر **قوله** سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عصمة المال بناء على ان ما دون النفس يجري مجرى الاموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم يسقط لصارت شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه علم ان حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع **قوله** فان شاء الاولياء قتلوه يعني قصاصا **قوله** للاستثناء المذكور في النص يريد قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم ولعترض بان قوله الا الذين تابوا نظيره في قوله واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فيكون استثناء من قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله واولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير بخلاف **قوله** ولهم في الاخرة عذاب عظيم واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على رد المال واذا كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول فلا يكون علة متوقفة اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع في الحال والاجتناب في المال والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف رحمه الله جمع بين قولي المشايخ بهذا الطريق ذكره الاكمل والامام المحقق فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه **قوله** ولا قطع في مثله اي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع **قوله** فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد في النفس والمال حتى

يستوفي ولي القصاص او يعفوا **قوله** ويجب الضمان معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان يسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك والاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب بانا نعرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الاخر او هلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان واقول هذا انما يتم ان لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك واما اذا كانت متوقفة في جميع الاموال فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الاخر من المشايخ **قوله** وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم يعني اذا باشر غير العقلا صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل **قوله** فصار كالخاطي مع العامد يعني كما اذا رمى سهما الى انسان عمدا ورماه اخر خطا واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل المخطي شبهة في حق العامد **قوله** فقد قيل تاويله وبه ذهب ابو بكر الرازي رحمه الله الى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احد منهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان المأخوذ شي واحد فاذا امتنع عن احدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين واما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم الا على الاخذ من كل واحد منهم لا يتعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من احد منهم مالا ومن حرز اجنبي مالا اخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق وكل واحد حافظ لماله والاصح انه مطلق اي ليس بمقيد بكون المال مشتركا لان الجناية واحدة على ما ذكرناه لابي حنيفة وزفر والامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز اخر لان لكل واحد من الفعلين منفصل عن الاخر حقيقة وحكما **قوله** بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن جواب سوال تقريره قطع الطريق على المستامن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستامن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع في حق المستامن لخلل في العصمة وهو اي الخلل يخص المستامن فلا تصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الحر وعشرة دراهم واما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فتورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان كالقريب سرق مال القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع للشبهة تمكنت في الحرز **قوله** ومن قطع الطريق ظاهر **قوله** ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان البعد بين المصر وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد **قوله** ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي والله اعلم

كتاب السير

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير تمادي بفعل المأمور به الا ان الحدود معاملة مع المسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وهي الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوة العدو وقصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة

قال

قال رحمه الله الجهاد فرض على الكفاية قيل الجهاد هو الدعا الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفريضة فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو دليل قطعي فيفيد الفريضة ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة اي نافذ من مضى في الامر مضاء اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفريضة بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد اذا تايد بالحجة القطعية صح اضافة الفريضة اليه وههنا تايد هذا الحديث بقوله فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لانا لا نسلم انه اذا تايد بالقطعي افاد الفريضة فان الفريضة حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم يذكر للدلالة على الفريضة بل للدلالة على بقائه الى يوم القيمة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز ان يكون بيانا لما احتمله النص واما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه بتخريب البلاد وافنا العباد لكن لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام والمراد بالكراع الخيل **قوله** انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شبابا وشيوخا او مهازيل وسمانا او صحاحا ومراضا واعترض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تخصيصه بالنفير العام واجيب بانه دفع الحرج ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من اهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى ووجه الاستدلال ان الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد بنصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه واما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو واما بالتكاسل فحينئذ يفترض على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج **قوله** فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد بالاول قوله الجهاد واجب لان المسلمين في سعة اذ الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لمجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة الى ذلك واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام **قال** رحمه الله وقتال الكفار واجب وان لم يبدوا وقتال الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام واداء الجزية واجب وان لم يبدوا بالقتال للعمومات الواردة في ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا ابدوا بالقتال اجيب بانه منسوخ وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتدا مامورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل واعرض عن المشركين ثم امر بالدعا الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم اذن بالقتال اذا كانت البداة منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون الاية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر بالقتال ابتدا في بعض الازمان كلها وفي الاماكن باسرها فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الاية **قوله** ولا يجب الجهاد على صبي ظاهر **قوله** ويكره

الجعل ما دام للمسلمين في اراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس مما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد لانه لا يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها **قوله** يغزي الاعزب يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء في الحديث وهو شاب اعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد والله اعلم

باب كيفية القتال

لما كان الاول في باب الجهاد القتال بدا ببيان كيفية المدينة معروفة والحصن بكسر الحا كل ما كان تحمى بحرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن **قوله** دعوهم الى الاسلام قبل لا يخلو من ان يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة او لم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلاة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال **قوله** كفوا عن قتالهم اي امتنعوا عن قتالهم ومنعوا انفسهم عنه فلا تكلف لا زم ومتعد **قوله** على ما نطق به النص يعني قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى ان قال حتى يعطوا الجزية عن يد **قوله** وهذا في حق من يقبل منه الجزية ظاهر **قوله** فيكفي بالنون على بناء المفعول مونة القتال بنصب مونة على المفعول الثاني **قوله** وللنبي اشارة الى ما روي انه عليه السلام بعث عليا رضي الله عنه في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام **قوله** لعدم العاصم اي الموجب للغرامة وهو الدين على مذهب الشافعي رحمه الله او الاحراز بالدار على مذهبنا **قوله** مبالغة في الانذار لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلاة ثم دعا بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه **قوله** اغار على بني المصطلق اي اخرجهم من حمايتهم بهجومه عليهم وهم غارون اي غافلون وابنى على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم قبيلة والغارة لا تكون بدعوة لان فيها ستر الامر والاسرار لانها اسم مصدر للاغارة التي هي مصدر اغار الثعلب او الفرس اغارة وغارة اذا اسرع في العدو **قوله** التويرة على وزن مصغر الدار والكنب هو الذل والهوان **قوله** وان كان فيهم اسيرا وتاجر رد لما قال الحسن بن زياد انه اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنيع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعات جانب المسلم اولى من هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعة للتشبيه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص واذا اجتمعا تقدم دفع الضرر العام على الخاص ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم اسير او تاجر فلو امتنع عن الرمي باعتباره لانسد بابه اي باب الجهاد **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام الى اخره **قوله** وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطا لانه يتعمد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما

كيفيه

كيفية حال من يصيبه عند الرمي لو لم يكن فعله خطا لكان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا ان الجهاد فرض وحل ما هو فرض فالغرامات لا تقرن به لان الفرض مامور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص باطل اجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص صورة النزاع بما قلنا وفيه نظر لان القران شرط وهو ممنوع واقول **قوله** عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر والتعليل في مقابلة النص معناه في دار الاسلام دم مفرج وما نحن فيه ليس في دار الاسلام **قوله** بخلاف حالة المخمصة جواب عما قال الحسن عليه الحسن فقاله اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة بطلوع كان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب ان الجواب الجامع تقدم على التناول عند رفع الحظر وان كان فيه ضمان لما فيه من احياء نفسه وهو منفعة عظيمة يتحمل سببها بدل الضمان اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس اي نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضا ويجوز ان يكون معناه الجهاد مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما ان يقتل او قد يصاف المسلم او يقتل فلو الزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن **قوله** حذارا الضمان منصوب على المفعول له **قال** رحمه الله ولا باس باخراج النسا والمصاحف كلامه واضح سوى ما ننبه عليه السرية عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن ابي حنيفة اقل السرية مائة وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه بلاثة ولو بعث بما دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قول نفسه اقل السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة الاف **قوله** وهو التاويل الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقران في ارض العدو رواه ابن عمر رضي الله عنهما وانما قيدنا وبل بالصحيح احترازا عما قال ابو الحسن القمي النهي كان في ابتدا الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روي عن الطحاوي رحمه الله **قوله** لما بينا اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج **قوله** الا ان يهجم استثنا من قوله لا تقاتل يعني عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده **قوله** والمثلة المروية يقال مثله بالرجل امثل به مثلا ومثله اذا سودت وجهه او قطعت انفه وما اشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتاخر وروى عمران بن الحصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة **قوله** ولا شيخا فانيا قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقا الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من اهل الراي والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك نقتل لانه بقتاله محارب وبصياحه محرض على القتال

المبيح عنده للقتال الكفر وعندنا هو الحراب

هاه كلمة تنبيه الحقت باخرها هاء السكت

وبالاحبال يكثر المحارب **قوله** لان المبيح عنده اي للقتال الكفر وعندنا هو الحراب **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد به بالدراي هاهنا النسا **قوله** هاه كلمة تنبيه الحقت باخرها هاء السكت **قوله** الا ان يكون احدها ولا يمن له راي في الحرب لما صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب راي **قوله** وهو في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل سوا قاتل او لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل في حال افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب **قوله** امتنع عليه اي توقف عنده ونعالجه فنضرب قوايم فرسه ونحو ذلك **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

الموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة **قوله** فكان ذلك مصلحة قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال مخالفا للمدعي واجيب بان هذه الاية محمولة على ما اذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل اية اخرى هي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الايات الموجبة للقتال والا لزم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادات والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة قد تزيد وقد تنقص **قوله** لتعدي المعنى حتى دفع الشر **قوله** بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم بقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر حيث تركوا القتال واما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة المسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا **قوله** نبذ اليهم نبذ الشي من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له **قوله** نبذ اليهم نبذ الشي اي بعث اليهم يعلمهم بنقض العهد **قوله** صلى الله عليه وسلم في العهود وفا لا غدر اي هي وفا **قوله** ولا بد من اعتبار مدة الى اخره قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سوا اي على سوا منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر **قوله** لما بينا من قبل يعني **قوله** انه ترك الجهاد صورة ومعنى **قوله** اذا لم ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب **قوله** لانه ماخوذ بالقهر معنى يعني فيكون كالماخوذ قهرا صورة ومعنى وهو الماخوذ بعد الفتح بالقتال **قوله** لما فيه من اعطا الدنية اي النقيصة **قوله** الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لا باس بدفع المال لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما اخبر الله عنهم بقوله هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب

منه

منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلاث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا يا رسول الله ان كان عن وحي فامض بما امرت به وان كان رايا رايته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطعمون في ثمار المدينة الا بشرا او قرى فاذ اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال صلى الله عليه وسلم اني رايت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذلك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف نقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتدا لما احس بالضعف بالمسلمين فحين راى القوة فيهم بما قاله السعدان امتنع عن ذلك **قوله** باي طريق يكون قيل هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجرا كلمة الكفر او بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا واجيب عنها بان يعني الكلام باي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها او اقول الواجب بمعنى الثابت فيندفع **قوله** ولا يجهز اليهم اي لا يبعث التجارة اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به هاهنا السلاح والكراع والحديد **قوله** لما بينا يعني قوله لان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار اهله اي اتاهم بالطعام

فصل

لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح **قوله** ويسعى بذمتهم اي بعهدهم وامانهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه وانما قيد بهاهنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد ادنى المسلمين **قوله** لانه اي كل واحد من الرجل والمراة من اهل القتال اما الرجل فظاهر واما المراة فبالتسبب بالمال اما او العبد واما قوله صلى الله عليه وسلم هاه ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها **قوله** لملاقاته اي لملاقاة الايمان محله لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ذكرنا **قوله** ثم يتعدى اي الامان الى غيره اي غير الذي امن من اهل الاسلام كما في شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره **قوله** لان سببه لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق بالقلب فكذا الامان لا يتجزى فاذا تحقق من بعضنا ما ان يبطل او يحل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من احد الاوليا المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سببه ولاية وهو القرابة غير متجز فلا يتجزى الولاية وكذلك هاهنا واعلم ان المصنف رحمه الله استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احد كون من يعطي الامان ممن يخافونه وفي الاخر الايمان والاول يقتضي عدم جوازه ولو جعلهما علة واحدة امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو عن الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن ان يجعل الاول علة والاخر شرطا وسماه سببا مجازا والشي يبقى على عدمه عند عدم شرطه ويجي في كلامه اشارة الى هذا **قوله** الا ان يكون في ذلك مفسدة استثنا من قوله صح امانهم **قوله** وقد بيناه يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الى اخره واليه اشار ايضا بقوله لما بينا قبل قوله ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة واقول يجوز ان يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا

تبده ويجوز ان يكون اعادة تمهيدا وتوطية لقوله وتودية الامام لا تنافيه على رايه اي تسبقه
على راي الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالراي وهو افتعال من الفوت وهو السبق ن
قوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم اي بالكفار لاتحاد في الاعتقاد قوله لا يصح امانه
لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال رحمه الله ولا يجوز امان العبد اتفق العلما
على ان امان العبد المأذون صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية منرسيه
ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من
المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل القاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح امانه
عند ابي حنيفه رحمه الله ويصح عند محمد والشافعي رحمهما الله وذكر الكرخي قول ابي يوسف
مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكر الطحاوي مع ابي حنيفه وهو الظاهر عنه
واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد بالحديث ظاهر قوله ولانه مؤمن ممتنع
اي ذو قوة واعتبار امتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته وهو
الخوف فلان الخوف انما يتحقق ممن له قوة وامتناع قوله بالمؤبد من الامان يعني عقد الذمة
فان الحربي اذا عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح هذا
العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من
المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك قوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة
يعني شرطنا الايمان في قولنا ولانه مؤمن ممتنع ايصح امانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا
هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا قوله والامتناع يعني
وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به قوله والتأثير اعزاز الدين يعني العلة الجامعة
في قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين
هذا الحكم وهو الامان في الحر فاذا وجد في المحجور عليه صح تعديته اليه كما في سائر الاقيسة
قوله وانما لا يملكه المسايفة جواب عما يقال الاصل في الجهاد وهو المسايفة وهو
لا يملكه فلا يملك الامان ايضا وتقريره انما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى
وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل المنافع في مجرد القول قوله ولابي حنيفه انه محجور
على القتال فلا يصح انه يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون
لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف
وتقريره انه محجور عن القتال وفيه نظر فان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه
فان الكفار من اين يعلمون انه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب ان ذلك يعلم
بترك المسايفة فانهم لما راوا انه ما يقتدر على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا نبالهم
علموا انه ممنوع عن ذلك بمنزلة المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال والامان نوع
قتال لكان انه اسهل اثباتا لمذهب ابي حنيفة فتامل قوله وفيه ما ذكرناه يريد انه
تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر قوله وفيه سد باب
الاستغنام اي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر
بالمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين قوله بخلاف المؤبد جواب
عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة لانه اي الامان المؤبد خلف عن
الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي فهو بمنزلة الدعوة

اليه

اليه اي الى الاسلام وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي نفع ولانه مفروض عند مسالتهم
ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه واسقاط
الغرض يتمحض نفعا فافترقا قوله وهو على الخلاف يعني على قول ابي حنيفة لا يصح
امانه وعند محمد يصح قوله فالاصح انه يصح بالاتفاق اي باتفاق اصحابنا ليس
على الخلاف لانه تصرف دائر بين النفع كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن والله اعلم

باب الغنائم وقسمتها

اخر باب الغنائم عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة اما ان يؤمنهم او يقتلهم
او يستغنم اموالهم فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من
اهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها ان يخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خا
واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا قال في النهاية قوله قهرا فيه تفسير
لغة لان عنا عنوة بمعنى ذل وخضع وهو لازم ومتعد وقهر متعد بل هو تفسيره
من طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر لان الفتح بالذلة مستلزم للقهر
فهو بالخيار ان شاء قسمه اي قسم البلدة بتأويل البلد بين المسلمين كما فعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم
الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم
اجمعين فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة اجاب بقوله ولم يحمد من خالفه يريد به
نفرا يسيرا منهم بلالا حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال الحول
وفيهم عين تطرف اي ماتوا جميعا وفي كل من ذلك قدوة فيتخير ولقائل ان يقول لا
نسلم ان احدا من الصحابة بل اكثرهم تصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى
الله عليه وسلم اذ لم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي صلى الله عليه
اذا لم يعلم انه صلى الله عليه وسلم على اي جهة فعله يحمل على ادنى منازل افعاله
وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل اصحابي جاز ان
يعمل بخلافه والثاني على تقدير انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وجوبا فان عمر
رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤوا من بعدهم بعد
قوله وما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى
واليتامى والمساكين فيكون ثابتا باشارة النص وهو يفيد القطع فيكون الواجب
احدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما في خصال الكفارة ففعل النبي صلى الله
عليه وسلم احدهما وعمر رضي الله عنه فعل الاخر وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى
هو الاول عند حاجة الغانمين كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة
المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر رضي الله عنه ليكون عدة في الزمان
الثاني وهذا اي اقرار اهل بلد على بلدهم بالمن عليهم في العقار واما في المنقول المجرد فلا
يجوز المن بالرد بان يدفع اليهم مجانا ويمن به عليهم وانما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز
المن عليهم في المنقول بطريق التبعية بالعقار وذلك في قوله بعد هذا وان من
عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يهيأ لهم العمل
لانه لم يرد به اي بالمن الشرع فيه اي في المنقول المجرد وفي العقار خلاف الشافعي فانه

لا يجوز المن فيه قال لان في ابطال الملك حق الغانمين عنه كرلان حقهم قد ثبت وتاكد بالاحراز
فقد صار محرزا بفتح البلدة واجرا الاحكام احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم
يعني عندي فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز فلا يجوز يعني ابطاله كلا واحدا من الحق
والملك من غير بدل يعادله فان قيل الخراج يعادله اجاب بقوله والخراج غير
معادل لقلته فان قيل فالحق والملك ثبت في رقابهم ايضا وجاز له ان لا يقسمها اجاب
بقوله بخلاف الرقاب يعني ان حقهم لم يتعلق بها لانه للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل
فكذا له ان يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانها خلقت في الاصل احرارا والملك ثبت بعارض
فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل واذا جعلهم احرارا فقد بقي حكم الاصل فكان
جائزا والحجة عليه ما روينا يعني من فعل عمر رضي الله عنه **قوله** ولان فيه نظرا
يعني ان تصرف الامام وقع على وجه النظر في اقرارها اهلها عليها لانه لو قسمها بينهم
اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكر عليهم العدو ورعاياهم يهتدون لذلك العمل ايضا
فادارتها في ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالاكرة اي المزارعين العاملين للمسلمين العالمين
بوجوه الزراعة والمؤن من تعين مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد فكان فيه نظرا لا محالة
فيكون جائزا **قوله** والخراج وان قل جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته ونقرره
الخراج وان قل لكونه بعض ما يخرج في سنة فقد جل بالابد لدوامه بوجوبه كل سنة **قوله**
والمن عليهم ظاهر **قوله** يخرج عن حد الكراهة معناه ما قال الامام التمرتاشي فان من عليهم
برقابهم واراضيهم وقسم النساء والذراري وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي
بدون المال ولا بقاهم بدون ما يكربه نخجية التمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي **قوله**
رحمه الله وهو في الاساري بالخيار الامام فيما حصل تحت يده من الاساري مخير بين الامور الثلاثة
ان شا قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصلا في يده
وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان اسلموا اسقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على
الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل وان شا استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فان
اسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لانه جزاء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء
حيث لا يجوز القتل ولا الاسترقاق ايضا لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء
والاخذ وان شا تركهم احرارا ذمة للمسلمين الا مشركي العرب بفعل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقتلوا المشركين
ينافي تركهم فلا يجوز اجيب بانه ترك العمل بها في اهل الذمة والمستامن فكذا فيما تنازعنا فيه بفعل
عمر رضي الله عنه **قوله** الا مشركي العرب استثنا من قوله وان شا تركهم احرارا ولقائل ان هذه
الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام مخيرا بين الامور الثلاثة والادلة
تدل على وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة الفساد وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه
دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول واقوى ثم استدل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله
لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا والا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز
والجواب ان كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها كما في الواجب المخير **قوله** ولا يجوز ان
يردهم ظاهر **قوله** ولا يفادى بالاسارى المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته
ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى المفاداة اي لا يعطي اسارى الكفار ويؤخذ منهم اسارى المسلمين او المال
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يفادى بهم اسارى المسلمين ولا يجوز الفدية

بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن ابي حنيفة ووجه ذلك ما ذكره ان فيه تخليص
المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به **قوله** وله ان فيه معونة وفي بعض النسخ معونة ظاهر
وجوابه ان يبرز هذا في مبارزة في الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين
واما المفاداة باخذ المال منهم في اطلاق اسرائهم فلا يجوز في المشهور من مذهب اصحابنا لما بينا ان فيه
تقوية او معونة للكفرة لعودهم حربا علينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا
باسارى بدر وسيجي جوابه **قوله** ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم
مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول من رسول الله صلى الله
عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة الجمحي ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض
كسائر الاموال المغنومة وما رواه من المن على ابي عزة فهو منسوخ بما تلونا وكذلك قوله تعالى فاما منا
بعد واما فداء وكذلك قصة اسارى بدر لان سورة براءة اخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل
حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا
على انه مخصوص خص منه الذمي والمستامن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهم او بحديث
ابي هريرة او غيرهما والجواب ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير
وهي المناط وكذا على المستامن لعدم استحقاقه قتله وحديث ابي عزة متقدم على الاية
وغيرهما غير موجود او غير معلوم فلا يصح التخصيص بشي من ذلك والمواشي جمع ماشية
وهي الابل والبقر والغنم والماكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه ظاهر **قال** رحمه
الله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب قسمة الغنيمة في دار الحرب لا يجوز عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف جاز والتاخير الى الخروج الى دار الاسلام احب الي وقال الشافعي رحمه الله
لا باس بذلك والاصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده
يثبت وينبني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرها في الكفاية اي في كفاية المنتهي منها
ان الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة او باع احد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم الملك
وكذا لو اتلف احد منهم شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات احد منهم لا يورث سهمه ولو لحق
الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في الغنيمة **قوله** له ان سبب الملك
ظاهر **قوله** والثاني اي اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام منعدم لقدرتهم
اي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظاهر لكون
المسلمين في ديارهم **قوله** ثم قيل موضع الخلاف اي اول موضع الخلاف فيما اذا قصد
القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه
من الاكل والوطي وسائر الانتفاع اولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت **قوله** لان حكم الملك
لا يثبت بدونه اي بدون الملك معناه ان ترتيب هذه الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم
للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة
لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة
وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز
بالاتفاق **قوله** وقيل الكراهة اي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا
الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقل رغبتهم في اللحوق ٥

بالجيش ولانه اذا قسم بينهم تواقرهما كان العدو على بعضهم وهذا امر وراما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفه وابي يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الحرب الاسلام وفيه نظر لانه لم يشير الى ان قول محمد على خلاف قول ابي حنيفه في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا وفي غير ظاهر الرواية الافضلية منقوله عن ابي يوسف كما ذكرناه وايضا **وقوله** على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه **وقوله** وقيل الكراهه وفي الجملة هذا الموضع لا يخ عن تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام المترتبة على القسمه وقال بعضهم المراد به الكراهه وعلى هذا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة انما يصح على قول الاول حسب ولين ووجه الكراهه ان دليل البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد عن سلب الجواز لا انتفاوتما عند الشافعي يجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلا يتقاعد عن ابراث الكراهة لان الدليل الراجح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الحمار **قال** رحمه الله والردء والمقاتل في العسكر سواء الردء وهو العون والمقاتل هو المباشر في العسكر في استحقاق الغنيمه سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاوزة الدرب بنيه القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض وغيره لما ذكرنا من الاستوا في السبب **وقوله** واذا لحقهم المدد ظاهر **وقوله** بنا على ما مهدناه من الاصل يريد ما مر ان سبب الملك عنده هو الاصل بجد والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوهم في تاكد الحق به كما لو لحقوا به في حالة القتال وانما ينقطع به المشاركه بالاحراز وبقسمة الامام في دار الحرب او بيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد **وقوله** ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة باطلاقه يفيد نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو والا ان يقاتلوهم فلهم السهم وقال الشافعي يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد **وقوله** ولنا انه لم يوجد المجاوزة واضح وما وراه من قوله الغنيمة من شهد الوقعه موقوف على عمر رضي الله عنه ومثله ليس بحجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابي او تاويله ان يشهدها على قصد القتال الا ترى ان الكفار يشهدونها وليس لهم شي وان لم يكن للامام حموله يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها عن التراضي بنفسي الحاما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار قسمها قسمة ايداع وكلامه واضح **وقوله** لانه ابتدا اجارة اي من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة اي من كل وجه مستانفه في حالة البقا فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضا المالك **وقوله** وصار كما اذا نفقت دابة يعني في كونه ابتدا اجارة من كل وجه **وقوله** وتحريم في رواية السير الكبير ظاهر ويكون الاجر من الغنائم سدا له قبل الخمس

لان في هذا الاستيجار منفعة للغانمين فهو كالاستيجار لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب الحموله لا يمنع صحة الاستيجار لان شركة الملك هي التي تمنع صحة الاستيجار لا شركة الحق كما في بيت المال **وقوله** ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة واضح مما تقدم **وقوله** ولا ملك قبل الاحراز فيه نظر لانه ينافي **وقوله** فيما تقدم اذ بكل منهما يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمه في دار الحرب وبيع المغانم فيها هاهنا اعتمادا على ما ذكره هناك وان ذلك بعارض الحاجه والاعتبار للامور الاصلية **وقوله** وقد بيناه اي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب **وقوله** ولا باس بان يعلف العسكر اي دوابهم العلف في دار الحرب **وقوله** ولم يقيده بالحاجه يعني القدوري في مختصره وقد شرطها يعني محمد اي شرط الحاجة في رواية السير الصغير ولم يشترطها في اخرى يعني رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح **وقوله** وعلف ظهره اي دابته ولفظ الظهر مستعار لها والميرة الطعام فيعتبر حقيقتها اي حقيقة الحاجة لكن انما العتبر حاجة الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب قيل وليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر نقله من دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن الماكول كالزيت لانه لما كان ماكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمه **وقوله** ويوقح به الدابة التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي اي رق من كثرة المشي ونقل عن المصنف بالراء المهملة الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرانا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطا لان الاول هاهنا اولى والبوقلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو منافض لان ترك الاولى لا يسمى خطا **وقوله** وتاويله الى اخره انما احتاج الى المصنف الى هذا التاويل لانه اذا احتاج الغازي الى ستعمال السلاح الغنيمه بسبب صيانة سلاحه لا يجوز **وقوله** وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره **وقوله** ولا يجوز ان يبيعوا اي لا يجوز ان يبيعوا بالذهب والفضة ولا يتمولونه اي يبيعونه بالعروض **وقوله** على ما قدمناه يعني انه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح **وقوله** يباح له الانتفاع في الفصلين اي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب **قال** رحمه الله ومن اسلم منهم انما احتاج المصنف الى قوله معناه في دار الحرب ليمنع الاحترازيه عن مستامن دخل دارنا بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده واموالهم كلها في والفي ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام **وقوله** لان الاسلام ينافي ابتدا الاسترقاق لانه يمنع جزا الاستنكاف عن عبادة ربه فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله بان صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت الاستيلام يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقا فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم **وقوله** واولاده الصغار وكذا ماله منصوبان بالعطف على مفعول احرز **وقوله** في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب **وقوله** محترمة احتراز عن يد الحربي **وقوله** وقيل هذا اي كون عقاره فيا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه في في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن في العقار ان اجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد لا انه كان عنه اجبار وايا كان فهذا ان الحطب اذ ذاك **وقوله** عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف

لان اليد على البقاع انما يثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر في يده
فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند
محمد يثبت وزوجته فئ لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى
كتابية ولم تصر مسلمة تبعا لزوجها اذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها فئ خلافا للشافعي
في الحمل هو يقول انه هو ابى الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل ولنا انه جزؤها
وهي قد صارت فيئا بجميع اجزائها الا انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الام حالة
يستثنى في سائر اجزائها فكذا الحمل لا يصير عند اعتاق الام مستثنى بحال فكذا في
الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعدما ثبت الرق في الام **وقوله** والمسلم محل
للتملك جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل للتملك
تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما له
باسلام ابيه **وقوله** بخلاف المنفصل جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله
واولاده الكبار فئ ومن قال من عبيده فئ لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار
تبعا لاهل الدار واهل الدار فئ ومن لم يقاتل من عبيده يعني انهم اتباعه **وقوله** وما كان
من ماله في يد حربي فهو فئ غصبا كان او وديعة لان يده ليست محترمة اعترض
عليه بانه قام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء
في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع كالمسلم كان الواجب ان يكون يده كيد المسلم محترما
نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد المودع على الوديعة
حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقي
يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة
المالك وانما تثبت التبعية ان لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما او حكما مع
الاحترام لانه بدون الاحترام تعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك **وقوله**
وما كان غصبا في يد مسلم اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع ففي بعضها وقع هكذا وما كان
غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فئ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقالا لا يكون فيئا قال
رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي
يوسف مع قول ابي حنيفة ومحمد وهو ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول ابي
يوسف مع قول محمد وفي بعضها وقع هكذا فهو فئ عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا
قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي
يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير
لهما ان المال تابع للنفس لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله
فيها ولابي حنيفة انه اي المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه
ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد
نائبه لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء
بلا خلاف **وقوله** والنفس لم تصر معصومة باسلامه جواب عن قولهما وقد صارت معصومة
باسلامه وتقريره لا نسلم انها صارت معصومة باسلامه الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لا يجب
القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت تحرم التعرض

كالحربي

كالحربي وليس كذلك لكنه اجاب بقوله الا انها محرم التعارض في الاصل يعني ان حرمة التعرض
ليست لكونها محلفة لنفوسهم كما كلفت به وابا حة التعرض لما هي بعارض شره وقد اندفع
بالاسلام فعادت الى اصلها لا باعتبار انها معصومة بخلاف المال لانها خلق عرضة للامتهان
فكان محلا للتملك فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع كونه في يده حقيقة
وحكما او حكما مع الاحترام وهنا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك
فلم تثبت العصمة فيجعل كانه ليس في يد احد فكان فيئا **وقوله** واذا خرج المسلمون ظاهر
وقوله معناه اذا لم يقسم يعني الغنيمة **قوله** اعتبارا بالمتلصص فانه اذا دخل الواحد
او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا اشيا فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة
اذ الغنيمة هو الماخوذ قهرا باذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه **وقوله** وبعد
القسمة تصدق فوائده اي اذا جاء وابما فضل من طعام او علف احد وامن الغنيمة بعد قسمة الامام
الغنيمة في دار الاسلام تصدق فوائده وينتفع به رجل محوج اي محتاج وقوم محاويج **وقوله** لتعذر
الرد على الغانمين يعني لتفرقهم **وقوله** فاخذ حكمه اي اخذت القيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير
القيمة على تاويل ما يقوم او على تاويل المذكور يعني لو كان ذلك فاضل الغنيمة التي كان معه فانما بعينه
وهو فقير حل له التناول منه فكذلك يحل له التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين
ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي اخرجه استعار الاستثناء
للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب
فلان الله تعالى قال واعلموا انما غنمتم من شيء اضاف الغنيمة للغانمين وهم الغزاة ثم قال فان
لله خمسه فكان بيانا ضرورة ان بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة
فلان النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم
ايضا لا يحتاج الى مستحقيه ثم كيفية القسمة ان يعطي الفارس سهمين والراجل سهما عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا وهو قول الشافعي للفارس ثلاثة اسهم ودو اني ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالفتح والمد
الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار ورد الفرار اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد كان من الجهاد
والفرار في موضعه محمود ليلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ولابي حنيفة
ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو ظاهر ولكن طريقه استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل
ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قال فتعارض
فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله ويتاول له فعله لا يعارض قوله
لكون القول اقوى بالاتفاق **وقوله** واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره اي سلم عن المعارضة
فيعمل بها يعني رواية ابن عباس رضي الله عنهما **وقوله** فيكون تعناؤه مثل غناء الراجل لان نفس الفرار
ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد ولانه تعذر اعتبار مقدار
الزيادة لتعذر معرفته يعني قد يزيد الفارس على فارس اخر غيره والراجل على راجل اخر في الغناء
والوقوف على تلك الزيادة متعذر وله سبب ظاهر ادير الحكم عليه وللفارس سببان والفرس
وللراجل سبب واحد وهو نفسه فكان استحقاق الفارس على ضعفه **وقوله** ولا يسهم الا لفرس
واحد واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما

وهو القياس بتوليه ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة
الدرب مفضيا الى زيادة الغنا بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس **وقوله**
وما رواه محمول على التنفيل الى اخره استظهار في تقوية الدليل لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج
الى الجواب عنه اولا وبالله والبراذين والعتاق سوا البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرايم
يقال عتاق الطير والخيل لكرايمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه
عربيه والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى بذكر التسويه
بين البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين وروا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم شاذا وحجتنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح **وقوله** البرعطفا بفتح العين وكسرها معنى الفتح الامالة
ومعنى الكسر الجانب **وقوله** ومن دخل دار الحرب فارسا هذا لبيان وقت اقامة السبب الظاهر
مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا **وقوله** وهكذا اي كقول
الشافعي روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني يعني ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى
فرسا وقاتل فارسا في ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا في وقت
اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على
السكه وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ها هنا هو البرزخ الحاجز
بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو دخلت دار الحرب ولو جاوزا دار الحرب الدرب الدا
دخلوا في حد دار الاسلام وعند محمد حال انقضا الحرب اي تمامها وهذه روايه عنه والظاهر من مذهبه
انه يعتبر بمجرد شهود الوقعه ودليله يدل على ذلك وكان المصنف رحمه الله اشار بقوله حال انقضا الحرب
اي تمامها وهذه روايه عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر بمجرد شهود الوقعة
ودليله يدل على ذلك وكان المصنف رحمه الله اشار بقوله حال انقضا الحرب الى حال
احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي القتال
اشارة الى حال شهود الوقعه لا الى حال انقضائها **وقوله** والمجاوزة وسيلة ردة
لمذهبنا **وقوله** كالخروج من البيت يعني للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا معتبر
به في اعتبار حال الغازي من كونه فارسا وراجلا فكذلك في هذه الوسيلة **وقوله**
وتعليق الاحكام جواب عما سنذكر في تعليلنا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر
وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطا الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك
المراة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتبت عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره
لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا او فارسا بحالة هي اقرب للقتال وهي شهود الوقعة لا بمجاوزة
الدرب ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف ومجاوزة
الدرب قهرا وشوكة يحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسا لم يتغير
حكمه بتغير احوالهم بعد ذلك لان ذلك حال دوام القتال ولا معتبر بها لانه لا يمكن تعليق
الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دايما لانه لا بد له من ان ينزل
في بعض المضايق خصوصا في الشجرة او في الحصن او في البحر **وقوله** ولان الوقوف
على حقيقة القتال واضح على ما ذكره **وقوله** ولو تم بحجره يعني يحتمل ان يعجز المكاتب
عن ادا بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمتنع في الحال لوجود
التوهم **وقوله** لانها عاجزة عن حقيقة القتال ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت

عاجزة

عاجزة عنها لما صح امانها لانه انما يصح ممن يخاف عليه القتال لقدرته على القتال واجيب بان الامان
صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل يثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات
وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بما لها واما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة
على القتال وهي عاجزة عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا يبلغ به سهم المجاهدين
والاول ليس من عمله اي الدلالة ليست من عمل الجهاد وكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ
اجره بالغا ما بلغ **قال** رحمه الله واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم ما مر كان احكام الاربعة
الاخماس واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابنا السبيل يدخل فقرا
ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوي القربى
يدخلون في سهم المساكين وابنا السبيل منهم يدخلون في ابنا السبيل وسبب الاستحقاق
في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير ان سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة
وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا
لما في الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيه
غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم
من بني عبد شمس وبني نوفل لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير فيشتركان
ولنا ان الخلفا الراشدين رضوان الله عليهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة
ولم ينكر عليهم احد فكان اجماعا **وقوله** وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم دليل على انه لم يعتبر
في اغنيائهم شيا قال يا بني هاشم ان الله كره لكم غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها
بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقرا يعني ان المعوض وهو
الزكوة لا يجوز دفعها الى الاغنيا فكذلك يجب ان يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنايم لا يدفع
اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فاتت عنه العوض والا لا يكون عوضا له لكن للمعوض
فان قيل هذا الحديث ان يكون ثابتا صحيحا او لا فان كان الاول وجب ان يقسم الخمس
على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلاثة اسهم وهو مخالفة منكر للحديث الثابت الصحيح
وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب بان لهذا الحديث دلالتين احدهما اثبات العوض
في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل
على تغيير العوض عمن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة
بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة رضي الله عنه سبعين صلاة وهو لا يقول
بالصلاة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحدهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل
ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما اعطاهم النبي صلى الله عليه وسلم قد ثبت انه صلى الله عليه
وسلم اعطاهم للنصرة الا ترى انه صلى الله عليه وسلم علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا
في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وقصته وما روي عن جبير بن مطعم انه قال
لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني
المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هولا بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله
فيهم فما بال اخواننا بني المطلب تركتنا واعطيتهم وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام
انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شي واحد وشبك بين اصابعه

واشار الى النصرة ثم واذا كان كذلك دل على ان المراد بالنص اعني **وقوله** ولذي القربى قرابة
النصرة لا قرابة القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال لتشير
اليه **وقوله** لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا يصرف للنساء والذراري واذا ثبت
ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي
بانتهاء علته **قال** رحمه الله فاما ما ذكر الله تعالى في الخمس لما فرغ من ذكر بيان وجه
سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورين في النص فقال فاما ما
ذكر الله تعالى في الخمس يعني **وقوله** فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام تبركا بذكره وسهم
النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي بالاجماع لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه
برسالته لان الحكم مرتب على المشتق فيكون المشتق منه علة ولا رسول بعده والصفي شيء كان
يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع او سيف او جارية اصطفى ذا الفقار من غنائم
بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه
ما ذكرناه انه كان يستحقه برسالته وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى
الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا يقال قوله
وسهم ذوي القربى وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول ما ذكره اولا كان في حيز الاستدلال
على القسمة على ثلاثة اسهم وهذا نقل الكلام صاحب القدوري قال في القدوري وبعده
اي بعد زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر قال المصنف رحمه الله وهذا اي استحقاقهم بالفقر
قول الكرخي رحمه الله وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع
يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة ولا يظن بهم
انه خفي عليهم النص او منعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق لغنيهم
وفقيرهم ومنع الشافعي الاجماع وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي رضي الله عنه في الخمس
راي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر رضي الله عنهما والاجماع بدون اهل البيت
لا ينعقد وقلنا لا يحل للمجتهد ان يترك راي نفسه براي الغير الا بعد ظهور الدليل عنده قوله
ولان فيه اي في ذوي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقير اذ لو لم يكن
فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن اصحابنا
فلما كان فيه معنى الصدقة فتحرم ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة
العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر في الزكاة وهذا الدليل انما كان بالنسبة الى الشافعي
فليس بذاك لان كون المصرف فقيرا ليس الا في حيز النزاع عنده فانه يساوي بين
الغني والفقير والوجه الاول يعني قول الكرخي فقيل هو الاصح لما روي ان عمر رضي
الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة
الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة كما تقدم في اول البحث
وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال فقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار
قول ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يصرفها اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق بعد ذلك بعد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدوري اليه وقوله وسهم ذوي القربى كانوا
يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة **وقوله** واذا دخل الواحد

او الواحدان او الاثنان ظاهر **وقوله** والمشهور انه يخمس ظاهر ووجه الرواية
الاخرى ان العادة ان المتلصصين انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار كتاجر
لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله
مطلق فيجب الخمس وجد الاذن او لم يوجد اجيب بان الغنيمة اسم للمأخوذ قهرا
وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت
الغنيمة **وقوله** وان دخل جماعة لها منعة المنعة السرية نقل الناطفي عن كتاب
الخراج لابن شجاع قال ابو حنيفة رحمه الله يقول اذا دخل الرجل وحده يغنم ولا عسكر
في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما اذا اخذ حتى يصيروا تسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية **وقوله**
اذ لو خذلهم اي تركوا عونهم كان فيه وهن المسلمين اي ضعفهم

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم يفصل عما قبله بفصل على حدة نفل الامام الغازي اي اعطاه
زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله كذا **وقوله** لا باس بان ينفل الامام يدل على ان
قول من قال كلمة لا باس يستعمل فيما يكون تركه اولى ليس يجري على عمومه فان التنفيل قبل
احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى يا ايها النبي
حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق على الوجوب فما الصارف له عنه الى الاستحباب
فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فصرفناه الى الاستحباب **وقوله** من قتل قتيلا تسمية
الشيء باسم ما يؤول اليه **وقوله** ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب وقد يكون
بغيره نحو الذهب والفضة لان النبي صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر سيف ابي جهل
وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله
مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم
فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل
ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال
الخمس الذي اوجبه الله في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز **وقوله** لانه
لا حق للغانمين في الخمس فيه نظر لانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق
الاصناف لا حق للغانمين الثلاثة وذلك لا يجوز واجيب بان جوازه باعتبار ان المنفل
له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه ابطال حقهم ان يجوز الصرف الى احد الاصناف
لما تقدم انه مصارف لا مستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين
لا حق للاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين **وقوله** وقال الشافعي رحمه الله ظاهر
وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك
الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ
اسيرا فله فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب فيحمل على الثاني
يعني على التنفيل لما روينا من حديث حبيب ابن سلمة دفعا للتعارض **وقوله** وزيادة
الغناء جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر غناء **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى ما
تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة او من قوله لان الكر والفر
من جنس واحد في فصل كيفية القسمة **وقوله** لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في
باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم

يثبت لاحرازه بدار الاسلام لو ثبت انما يثبت فلا يثبت الاستيلاء وما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك **وقوله** لان التنفيل يثبت به الملك عنده دليله ان المراد لاثبات كونه غنيمة كما تثبت بالقسمة في دار الحرب وهو ليس بمتفق عليه لان من اصحابنا من يقول قسمة الامام لا يعدم المانع من تمام الغنيمة وهو كونهم مقهورين دارا وكانه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته **وقوله** ووجوب الضمان مرفوع على الابتداء **وقوله** تدل على هذا الاختلاف خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك اي يثبت الملك ووجوب الضمان للمتلف له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى وانما ذكره دفعا للشبهة ردا على قول ابي حنيفة وابي يوسف وبيان ذلك ان محمدا رحمه الله ذكره في الزيادات ان المتلف لسلب نفله الامام يضمن لانه الحوز ما كده ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي على مذهبهما ايضا بعد الاستبراء فقال في جواب ذلك انه ايضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله اعلم

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر عكسه لاشتماله على احكام مختلفة فكان حليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة الفتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي ومن ذلك اي مما اخذ الترك من اهل الروم لان الماخوذ صار ملكا للترك كسائر اموالهم **وقوله** لان الاستيلاء محظور ابتداء اي في دار الاسلام وانتهاء اي في دار الحرب بعد الاحراز **وقوله** على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما في البيع الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا لمعنى اصله ووصفه كما في البيع الباطل اي البيع بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك اتفاقا ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح وورود الاستيلاء على مال مباح ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم **وقوله** وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة في المال الحل من تثبت له من المسلم والكافر انما تثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا الخ يقتضي ان لا يكون مال معصوما لشخص وانما تثبت العصمة لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا بالاحراز لانهم ماداموا في دار الاسلام اقتدروا على المحل لا وانما يقتدرون عليه مالا بالاحراز لانهم ماداموا في دارنا هم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصر محتمل **وقوله** والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم لان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا انه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة فوق الملكه كالصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الاخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا اولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضا الغازي اجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم الا ترى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع ياخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له **وقوله** فان ظهر عليها المسلمون واضح **وقوله** لانه ثبت

له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة قيل عليه بان الملك يثبت الموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تثبت له بازاء ما انقطع له من حقه عما في ايدي الباقين واجيب بان الملك هاهنا ايضا ثبت بالعوض معنى لما ان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم يكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة **وقوله** لو كان مغنوما يعني لو كان ما اخذه الكفار من المسلمين مغنوما اي ماخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان مشتري بمثله قدرا وصفة يعني اذا كان ما اخذ الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه منهم مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس اخر او بجنسه لكنه اردى منه وصفا فان له ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ربوا لانه انما يفدي ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لانه يشتريه ابتداء **قال** رحمه الله فان اسروا عبدا اذا اخذ الكفار عبدا او دخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى لا يكون المولى احق به كالرقبة ومع هذا الواخذ فانما ياخذ بمثله لان الارش دراهم او دنانير وهو لا يفيد **وقوله** لان الملك فيه صحيح احتراز عن المشتري شراء فاسدا لان الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شيا من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن اذا لم يصر بالتناول مقصودا الا ترى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا عورت واجاب بعضهم بانه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين بالف ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الاخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك هاهنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شي من الثمن فيها حتى لو استهلك المشتري من الدار شيا سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة المشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف يضمن في المشتري شراء فاسدا كما في الغصب كان من غصب جارية فذهبت احدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر هاهنا ايضا بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب الرد عرض البائع الدار على الجار اولا ثم البيع ان رغب عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها وصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في المسئلة الشفعة ايضا اذا كان بعض المشتري بافة سماوية لا تقابل الاوصاف شي من الثمن فلم يكن مخالفة المسئلة التاجر واجيب بانها مخالفة في صورة العمد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شي من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن **وقوله** وان اسروا عبدا صورته ظاهرة ولغترض على قوله وللمشتري الاول ان يا من الثاني بالثمن لانا لو اثبتنا حق الاخذ للذي اشتراه من العدو اولا تضرر المالك لانه حينئذ ياخذه بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشتراه من العدو اولا اولى لان حقه

يعود في الالف التي بعدها بلا عوض يقابلهما والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو
العبد فكان ماقلناه اولى **وقوله** وكذا من سواه اي من سوى الحر **وقوله** بخلاف رقابهم
اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم **وقوله** ولا جنايه من هولاء اي من
مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم اذا لم يملكهم الكفار
لم يملكهم الغزاة ايضا حتى لو كان احدهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم
قبل القسمة وبعدها بغير شي **قال** رحمه الله واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم اذا ابق عبد
لمسلم الواقيه مسلم اتفاقي لان عبد الذمي فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يملكونه لان العصمه لحق المالك وهو ظاهر **وقوله** لان سقوط اعتباره اي اعتبار يد العبد
لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه لانه حين
دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في
المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لا محاله فيصير في يد نفسه وهي يد محترمه تمنع الاحراز فيمتنع التملك لانه
لا ملك بدون الاحراز فان قيل لا نسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان
دار الحرب في ايديهم اجيب بان بين الدارين حدا لا يكون في يد احد وعند ذلك يظهر يد العبد
على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقه فلا ينقطع بيد الدار اليه اشار فخر الاسلام
رحمه الله وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقيه للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد كما ذكرنا
عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وعند دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل
استيلاء الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقه لعتق وليس كذلك اجيب بمنع الملازمة
لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال الملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه
صار غاصبا ملك المولى وجاز ان يوجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى قبل
القبض فان الملك للمولى واليد لغيره **وقوله** بخلاف المتردد يعني في دار الاسلام
لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار فيمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه
لابنه الصغير كان قابضا له فبقي اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى عليه
المشركون ملكوه واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذه المالك القديم
بغير شي اذا كان موهوبا او مشترى اما اذا كان موهوبا فظاهر لانه اخذه بغير
عوض فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشترى فلان المشترى فدى ملكه بغير امره
فكان متبرعا حتى لو امره رجع عليه المشترى بالثمن وان كان مقوما فكذلك اذا
كان قبل القسمة واما اذا كان بعدها فيودي عوضه من بيت المال لان نصيبه
قد استحق عليه فله ان يرجع على شركائه في الغنيمه وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر
اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من نوايب المسلمين ومال بيت المال معد
لذلك **وقوله** وليس له اي للغازي او للتاجر جعل الابق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه
انه ملكه والجعل انما يجب لراد الابق الاخذ على قصد الرد الى مالكه **وقوله** وان ند اليهم بعير
ظاهر وكذلك **وقوله** فان ابق اليهم عبد وذهب معه بفرس ومتاع واعترض بان على قول
ابي حنيفة ينبغي ان ياخذ المالك المتاع ايضا بغير شي لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت
على المال ايضا لانقطاع يد المولى من المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد
الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه بمنع المنافي

وهو

وهو الرق وكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق المال واذا دخل الحربي دارنا بامان
واشترى عبدا مسلما او ذميا او اسلم من كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده
فان قيل الذمي ملتزم احكام الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذي اسلم والحربي ليس كذلك واجيب
بان الامان بنافي ابقاءهم في ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطا الامان على ترك ذلك فكان بالامان
ملتزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجهه ظاهر وجه ابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب
معناه ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون
الاعتاق لان مال المستامن معصوم ما دام في دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا دخله في دار الحرب زالت
عصمة ماله فاذا لم يكن له فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله
فاذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال العصمة المال وهو تباين الدارين مقام علته الازالة وهي الاعتاق لان الشرط
قد يقام مقام العلة اذا لم يكن اضافة الحكم اليها كحفر البير على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط هاهنا مقام العلة
يستلزم جعل المثبت للشي مزيلا له وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه فكان تباين
الدارين علة لثبوت الملك فيه وهاهنا جعلتموه مزيلا له وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة هي ان البقاء اسهل
من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب ان تباين الدارين مثبت للملك ان لم يكن ثابتا
والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على ان ما جعلناه
مزيلا له وانما جعلناه قائما مقام المزيل والغرض صحيح فلم يكن الشي الواحد مزيلا وغير مزيل وهو الممتنع وبقاء الشي اسهل
من الابتداء اذا لم يعتبر البقاء ما يزيل سهولته وهاهنا بقاء المسلم في ذل الكافر صعب يزيل سهولته **وقوله** كما
يقام مضي ثلاث حيض تمثيل المسئلة في قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في
الطلاق الرجعي اقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضي عن
حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد الزوجين بدار الحرب **وقوله** واذا اسلم عبد لحربي ظاهر **وقوله**
لما روي ان عبيدا من عبيد الطايف اسلموا روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطايف قال ايما
عبد خرج فهو حر ستة اعبد وسبعة منها فلما فتح جاءوا اليهم وكلموا فيهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم هم
عتقاء الله **وقوله** ولانه احرز نفسه بنزوله ثم خرج الينا **وقوله** او بالالتحاق متصل بقوله
او ظهر على الدار فيه بقوله مراغما اي مغاضبا ومنابذا لانه اذا خرج طايعا لمولاه يباع وثمنه للحربي لانه لم
يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستامنا الى دارنا والله اعلم

باب المستامن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستيمان
لان طلب الامان انما يكون بحيث فيه قهر وغلبة قدم استيمان المسلم تعظيما له وكلامه ظاهر **وقوله**
والغدر حرام دليله قوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا **وقوله** بخلاف الاسير يعني
ان الغدر للبين حرام عليه فان الاسير اذا تمكنوا افتل قوم من اهل الحرب غيلة واخذ اموالهم وفعلوا
ذلك واخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من اخذ شيا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض وان اطلقوه
طوعا لانه لم يستامنهم حتى يكون غادرا باخذ اموالهم **وقوله** ملكه ملكا محظورا اي خبيثا حتى
لو كانت جارية كره للمشتري ان يطاها لانه قام مقام البايع ووطيها للبايع كان مكروها فكذا للمشتري
وقوله وهذا اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان مال اهل الحرب مباح في نفسه والحظر
لمعنى في غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على ما بيناه في اول باب
استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة يفوق الملك الى اخره واذا دخل المسلم

يعني حر

دار الحرب بامان فادانه حربي اي باع بالدين فان الادانه البيع بالدين والاستدانه الابتياع بالدين **وقوله** ولا ولاية وقت الادانه اصلا اي لا علي المسلم ولا علي الحربي ولا وقت القضا علي المستامن وهو ظاهر واذا لم يقض علي الحربي لم يقض علي المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما **وقوله** واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه اي سوا كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستامنا منا فيها لان مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب في حقه فملكه بالاخذ لغصب لاخذ الا ان الغاصب لو كان هو المسلم يفتي برد المغصوب علي المالك ولا يقضي عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم وفي اخذ اموالهم علي هذا الوجه غدر **وقوله** علي ما بينا يعني فيما تقدم اما غصب الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلا بقوله ان الاستيلا ورد علي مال مباح واما غصب المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل الواحد او الاثنان مغيرين بغير اذن الامام فاخذ واشيا فانهم يملكونه **وقوله** لما بينا اشارة الي قوله من قبل انا لقضا يعتمد الولاية الي اخره **وقوله** ولو خرجا مسلمين ظاهر **وقوله** فغصب حربيا اي غصب شيا من حربي وليس هذا منحصرا في خروجهما مسلمين لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستامنا فالحكم كذلك ه **وقوله** فعلي القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطا هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ وذكر الامام قاضيخان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من اهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولابي حنيفة ان تكثير سوادهم من كل وجه سوطه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه تورث الشبهة فيسقط القصاص **وقوله** اما الكفارة فلاطلاق الكتاب يعني قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان لانه لما كان علي قصد الرجوع كان كانه في دار الحرب حتي لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح **وقوله** لما بينا اشارة الي قوله لان العواقل لا تعقل العمد **وقوله** ولابي حنيفة انه بالاسر صار تبعا لهم يعني واهل الحرب اصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع **وقوله** وهذا توضيح لتبعيته **وقوله** فيبطل به الاحراز اصلا اي يبطل بالاسر العصمة المقومة بالكلية وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا بجامع تبعية اهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لانها مبنية علي تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي دار الاسلام **فصل** فصل هذه المسايل عما قبلها لاختلاف احكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير علي الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من يمتار يمير والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع **وقوله** بعد تقدم الامام يقال تقدم اليه الامير بكذا او في كذا اذا امر به **وقوله** وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل من ذلك علي حسب ما يراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام بعد ذلك في دارنا يصير ذميا لمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا ان يكون شرط عليه انه اذا جاوز السنة ياخذ منه الخراج فحينئذ ياخذه منه **وقوله** لما قلنا اشارة الي قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما الجزية **وقوله** فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي قال في النهاية وكذلك لو لزمه عشر في قياس محمد بان اشتري ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس اذ كل واحد منهما من احكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي ان يكون من اهل دارنا **وقوله** فتعتبر المدة من وقت وجوبه اي وجوب الخراج **وقوله** في الكتاب اي في

الصغير فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح من محمد رحمه الله بشرط الوضع اي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج ارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة انه لا يصير ذميا بمجرد الشرا ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشرا لانه لما اشتري ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما اشار اليه المصنف من قوله لانه قد يشتريها للتجارة **وقوله** فيخرج التبعية عليه اي علي ان الوضع شرط احكام جمة فلا يغفل عنه اي عن شرط الجمع وفي المنع من الخروج الي دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطا وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع **وقوله** واذا دخلت حربية بامان ظاهر وكذلك عكسه ولذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان خلا ان قوله لان يد المودع كيده منقوض بما اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر علي الدار فانها تكون فيا فلم يكن يد المودع كيد المودع واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا انتقضت عصمة وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة **قال** رحمه الله وما اوجف المسلمون عليه بقال وجف الفرس او البعير عدا وجفا واوجفه صاحبه ايجافا **قوله** وما اوجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم والجلا بالمد والفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدي ولا يتعدي **قوله** والجزية بالجر عطف علي قوله الاراضي اي في مثل الاراضي التي اجلوا اهلها ومثل الجزية **وقوله** وقال الشافعي فيهما اي في الاراضي التي اجلوا عنها اهلها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها اي في الاراضي والجزية والخراج **وقوله** ولانه اي ولان ما اوجف المسلمون عليه من المال **قوله** من غير قتال يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لان ما في الغنيمة يتناول المغنوم مملوك بسببين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعني وهو الرعب واستحق الغانمون الباقي بمعني وهو مباشرة الغانمين القتال وفي هذا اي فيما اوجف المسلمون عليه السبب واحد وهو ما ذكرناه يعني **وقوله** انه مال ماخوذ بقوة المسلمين فلا معني لايجاب الخمس **وقوله** لما قلنا من قبل في باب الغنايم وقسمتها وهو **قوله** وزوجته في لانها كافرة حربية الي اخره **وقوله** واما اولاده الصغار ظاهر **وقوله** وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا انما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا في ايديهما يكون فيا لعدم النيابة **وقوله** فلما قلنا اشارة الي قوله لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شي الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي رحمه الله تجب في الدية والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادات الابدية لا بالدار التي جماد لا اثر لها في استحقاق الكرامة ومن اراق دما معصوما ان كان خطا ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الاسلام وهذا اي وجوب الدية في الخطا والقصاص في العمد انما كان مبنيا علي وجود العاصم الذي هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه ياثم بقتل ينزجر عنه نظرا الي الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال وهي ثابتة فيما نحن فيه اجماعا فانه لا قايل بعدم الاثم علي من قتل مسلما في اي موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة لانه ادا والاثم والمال كان ذلك اكمل واتم في المنع من الذي وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة ه

المقومة وصفا زايدا على العصمة التي هي الموثمة فتحلق بما تعلق به الاصل وهو العصمة الموثمة
والعصمة الموثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فتجب الدية والكفارة في قتل الحربي
الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن
فتحرير رقبة مومنة وكان ابو حنيفة رحمه الله يأول هذه الاية بالذين اسلموا في دار الحرب
ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض ايمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالاية ان الله مبين
المومن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله
تعالى فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين احدها
انه ذكر بحرف الفا فانه للجزا فهو لما يكون كافيا فاذا كان كل الموجب حضورة والثاني انه كل
المذكور حيث لم يذكره غيره وذلك يقتضي انتفا غيره لان قصد الشارع في مثله اخراج العبد عن
عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا تتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة
هذا الحكم لذكره في موضع البيان **وقوله** ولان العصمة الموثمة بالادمية دليل معقول
على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل على بيان العصمة المقومة ليست
بوصف كمال في العصمة الموثمة تكون تابعة وبيان ذلك ان العصمة الموثمة بالادمية لان الادمي
خلق متحملا اعبا التكاليف اي ثقالها ومن خلق لشي وجب عليه القيام به فالادمي وجب عليه
القيام باعبا التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض اي انما يتحقق له القيام بها اذ حرام التعارض
فالادمي وجب ان يكون حرام التعرض مطلقا الا ان الله تعالى يبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر
فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل والاموال تابعة لها اي للادمية التي تثبت العصمة الموثمة
لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الادمي من الانتفاع بها في حاجته
فكانت تابعة للادمية اما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يوذن بجبر
الغايت لان المتقوم هو الشي الذي يكون واجب الابقا والدوام بالمثل والقيمة وذلك اي
جبر الغايت في الاموال دون النفوس لانه انما يحصل بالمثل صورة ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة
بين النفوس وما يجبره لا صورة ولا معنى على ما عرف في الاصول فكانت النفوس تابعة للاموال
في العصمة ومن هذا علم ان العصمة الموثمة اصل مستقل في شي والعصمة المقومة اصل مستقل في شي
اخر وليس احدهما بكمال في الاخر ولا وصف زايد عليه ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز
بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المتقومة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها
تابعة لها كما ذكرنا ولا منعة لدار الحرب لان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما انه اوجب
ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز لا يوجد العصمة المقومة واذا
لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا في غاية التحقيق فلا انه توهم انهم لا يملكوا اموالنا
بالاحراز الى دارهم كما قال به الشافعي ودفعه بان معنى قولنا ان الشرع اسقط اعتبارها
حال كونهم في دارهم واما اذا وقع خروجهم الى دارنا واحرزوا اموالنا بالبدا الحافظة والنافلة
فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة **وقوله** والمرتد والمستامن
جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب ان يتقوما وما لم يتقوما حتى لا تجب الدية
بقتلهما وكون المستامن من اهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر واما المرتد فلذلك لانه
يقصده هربا من القتل **وقوله** ومن قتل مسلما خطا الى اخره واضح واعترض على قوله
وهو العامة او السلطان بان المرتد دفيمر له ولاية القضا مر يوجب سقوطه كما في المكاتب اذا قتل

عن وفا وله وارث واجيب بان الامام ههنا نايب عن العامة فصار كان الولي واحد بخلاف مسئلة الكتاب

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب
كل منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظايف الاسلامية والعشر بضم العين احد اجزا
العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض والغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان
خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رووسهم يعني الجزية والعذيب ما التميم والجرف بفتحتين يعني
الصخر لانه وقع في امالي ابي يوسف الصخر موضع الحجر ونظير من ذلك اي من روى بسكون الحا الجيم
وقصره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية
سمي ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلا من **قوله** باليمين وهذه طولها ومن بين والدهنا ورمل
عالج اسما مواضع الى مشارف الشام اي قراها عرضها والسواد اي اراضي سواد العراق اي قراها سمي بالسواد
لخضرة اشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية
العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي دجلة وكلامه
واضح **وقوله** لما قدمناه من قبل يعني في اول باب الغنايم **وقوله** والخراج اليق به يعني من حيث
ان فيه معنى العقوبة وان فيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع والكافر اليق بالعقوبة والتغليظ وكذا
القياس في ارض مكة ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها
الخراج وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج في ارضهم **وقوله** في الجامع الصغير لهذه الفايدة **وقوله**
ومن احيا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيي
مسلما اما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز ارض العشر وان كان هذا مقيدا بكونه مسلما
وجب ان يتقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بطوايف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضي ذلك وهو السقي
من ما الخراج اذ الخراج يجب جزا المقابلة فيختص وجوب الخراج بما يسقي بما حمته المقاتلة والما الذي حمته
المقاتلة ما الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بما الخراج الى هذا اشار شمس الايمة رحمه الله **وقوله** والبصرة
عنده عشرية جواب اشكال يرد على ابي يوسف فيما ذكر ان الاحيا في حيز الارض الخراجية يجعل الارض خراجية
والبصرة في حيز الارض الخراجية وان احيا فيها مسلم يجب عليها العشر ووجه الا القياس ذلك لكن ترك باجماع
الصحابة رضي الله عنهم **وقوله** لان حيز الشي يعطى له حكمه دليل ابي يوسف على مذهبه **وقوله** كفنا الدار
يعني فنا الدار يعطى حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفنا مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذلك ههنا
يعطي حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفنا مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذلك ههنا يعطى هذه الارض
المحياة حكم جوارها لاتصالها به ولا نظر في اعادته **وقوله** وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار
لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا كذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك
من ملوك العجم **وقوله** لما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماوها
بما يها **قال** رحمه الله والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة
وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض في كل جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا
وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة قفيز هاشمي وهو الصاع من حنطة
او شعير على ما قال الامام قاضي خان في فتواه ومما يزرع على ما ذكر في شرح الطحاوي ودرهم **وقوله**
فالكرم اخفها يعني واكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مونة والزرع اكثرها مونة لاحتياجها الى الزراعة
والقا البذر في كل عام والرطاب بينهما لانها تبقى اعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت مونتها فوق

مونة الكرم ودون مونة المزارع وخراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئاً من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه فيعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف انه لا يزاد على النصف **وقوله** والبستان كل ارض يحوطها حايط ظاهر وان يغلب على ارض الخراج الماء وانقطع عنها فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النما التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع لغة اي استاصله حر شديدا وبرد شديدا ونحو ذلك فلا خراج ايضا لانه فات النما التقديري الذي قيم مقام النما الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة سقط الزكاة لانها لم تبق نامية في جميع الحول ويقال بدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج يعني ان النما التقديري كما قام مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل فقد هلك فهلك من الخراج فان قيل اذا استاجر ارضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يسقط الاجر فما الفرق بينه وبين الخراج اجيب بان الاجر يجب بالتمكن وقد هلك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخراج تجارة اجابة وان لم تخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخراج **قال** رحمه الله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج اذا عطل الارض الخراجية لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن للزراعة وعطلها اما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته ولسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء اجرها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه لدفع ضرر يؤاخذ للعامة **وقوله** وقالوا يعني المشايخ من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت الارض تصلح للزراعة للاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير وجب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا تجري الظلمة على اخذ اموال الناس ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه لكونه واجبا واجيب بان لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فتاخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان **وقوله** ومن اسلم من اهل الخراج ظاهر **وقوله** من غير كراهة احتراز عما يقوله المتقشفة انه مكروه لان النبي صلى الله عليه وسلم راى شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد وكر عليهم عدوهم فجعلهم اذلة ولان الصغار انما كان فيما يكون في الوضع ابتداء واما بقاء فلا بخلاف خراج الراس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام **وقوله** وجبا في محلين بسببين مختلفين يعني ولمصرفين مختلفين اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة رحمهم الله عن النبي صلى الله عليه وسلم **وقوله** والوصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان **وقوله** ولهذا ايضا فان الى الارض يقال عشر الارض وخراج الارض **وقوله** وعلى هذا الخلاف الزكاة مع احدهما اي العشر والخراج صورته رجل اشترى عشر خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة عندنا وعند محمد ان عليه زكاة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي ومفرعهما يوهم اختلاف المحلين ان محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة

وهو

وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد لان كلا منهما مونة الارض النامية وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله كما لا يجب زكاة السايمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهي اسبق ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنيته فلهذا يبقى عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عند وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله فلا ينافي بينهما فيجبان وان كان بسبب ملك واحد والباقي ظاهر والله اعلم

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤوس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي اي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف يصح اخذ البدل على تقريره اجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر فجوز كالاسترقاق **وقوله** وهي على ضربين ظاهر ونجران بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين **وقوله** ولان الموجب هو التراضي اي الموجب لتقدير ما عليه الاتفاق من المال هو التراضي لا الموجب للوجوب الجزية فان موجبه في الاصل الخيار اي ابقاء على الكفر بعد ان غلبوا **وقوله** فيضع على الغني الظاهر الغنى قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المايتين او لا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مايتي درهم فصاعدا الى عشرة الاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الزمن منه جزية وان كان مفرطا في اليسار قال والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنى الا ترى ان صاحب خمسين الفا يبلغ بعد من المكثرين واذا كان ببغداد او بالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة الاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام **وقوله** صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة وعدله معافرا اي او خذ بمثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوايد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه ولانه وجب نصرة للمقاتلة كلما وجب متفاوتا كما في خراج الارض **وقوله** وهذا اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين بيد النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا اقام الخراج المأخوذ منه مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم يتفاوت اذ الفقير ينصر دارنا راجلا والمتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف يكون العقوبة

ونا

خلفا عنه عن الطاعة اجيب بان الخلف به عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة
للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم بمنزلة ما لو اعاروا دوابهم
للمسلمين وما رواه محمول على انه كان صلحا والدليل على ذلك انه امر باخذ من النسا والجزية
لا تجب على النسا **قال** وتوضع الجزية على اهل الكتاب وتوضع الجزية على اهل الكتاب سوا كان من
العرب او من العجم لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وعلى المجوس
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس وفي البخاري ان عمر لم يكن ياخذ الجزية من المجوس
حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد
في البحرين وعبدة الاوثان من العجم وهو بالجر عطفا على اهل الكتاب وقيد بقوله من العجم احترازا
عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا يوضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب وفيه خلاف الشافعي وكلامه
ظاهر ولنا انه يجوز استرقاقهم وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم لان كل واحد منهما
يشتمل على نفس السلب منهم اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة واما الجزية فلان
الكافر يؤدي بها من كسبه والحال ان نفقته من كسبه فكان اداء كسبه الذي هو سبب حياته الى
المسلمين داره راتبة في معنى اخذ النفس منه حكما ونوقض بان من جاز استرقاقهم لو جاز ضرب الجزية
عليه لجاز ضربها على النسا والصبيان واللازم باطل واجيب بان ذلك لمعنى اخر وهو ان الجزية بدلها
النصرة ولا نصرة على الصبي والمراة فكذا بدله وهذا ليس بدافع لانه مقرر للنقض والصواب ان يقول
المحل شرط تاثير المحل المؤثر فكان معنى **قوله** وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية
عليهم اذا كان المحل قابلا والمراة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان
عن ذلك **وقوله** وان ظهر عليهم اي على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك
اي قبل وضع الجزية عليهم فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم ولا
يوضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ
كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة في العقوبة عليه ولقايل ان يقول هذا منقوض باهل
الكتاب فانه يغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبي صلى الله عليه وسلم معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك
انكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان
من العرب يجوز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم اوطاس
لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان واهل الكتاب والجواب عن الاول ان
النبي كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية الا انه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون
بالله الاية وعن الثاني بان مراده صلى الله عليه وسلم عربي الاصل واصل الكتاب وان سكنوا
فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا العرب في الاصل وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان **وقوله**
وجوابه ما قلنا يريد به قوله لان كفرهما قد تغلظ واذا ظهر عليهم اي على عبدة الاوثان من العرب
والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم في الان ذراري المرتدين ونساؤهم يجبرون على الاسلام دون
ذراري عبدة الاوثان ونساؤهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه
وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لابائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام
فيجبرون عليه بخلاف ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة ابو حي من العرب وقيل المراد بعني
حنيفة رهط مسيلمة الكذاب **وقوله** المذكر بالاشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا
الاسلام او السيف زيادة في العقوبة **وقوله** لانها وجبت بدلا عن القتل يعني المأخوذ منه

اوعن

اوعن القتال اي عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل
وهو القتل والقتال لا يتحقق في حق المراة والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل **قوله** لما بينا
يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان **وقوله** له اطلاق معاذ هو قوله عليه السلام خذ من
كل حالم وحالمة **وقوله** وعلى اعتبار الثاني لا يجب يعني ان الجزية بدل عن الاسر بحكم تقريره
وعلى اعتبار الاول لا تجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق
البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله **وقوله**
لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنيا او وسط الحال حتى وجب عليهم
زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم فكان وجوب الجزية
مرتين بسبب واحد وذلك لا يجوز **وقوله** ولا يوضع على الرهبان واضح **وقوله** ومن اسلم وعليه
جزية سقطت عنه **ه** اذا اسلم من عليه الجزية او مات كافرا او عمي او صار زمنا او مقعدا او شيخا كبيرا
لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه الجزية سقطت عنه عندنا سوا كانت هذه العوارض
قبل استكمال السنة او بعدها خلافا للشافعي رحمه الله انها وجبت بدلا عن العصمة او السكنى وقد وصل
اليه العوض وكل ما وجب بدلا عن شيء وقد وصل اليه العوض لا يسقط عنه العوض بهذا العارض اي بالاسلام
او الموت كما في الاجرة والصلح عن دم العمد فان الذمي اذا استوفى منافع الدار المستاجرة ثم اسلم او مات لا يسقط
عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهي منافع الدار وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على
بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ورد في قوله
بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي لان الله تعالى امر بالقتال ومده الى غاية
وهو اعطا الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لا يمكنون
من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت
بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعيده هاهنا توضيحا وذلك لانهم لما
صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة وهذه الدار دار محاربة وجب عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح
ابدانهم لهذه النصرة لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار العادية لاتحادهم في الاعتقاد فاوجب
عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فيكون خلفا عن النصرة قال شمس الايمة السرخسي
وهو الاصح الا ترى ان الجزية لا تؤخذ من الاعمى ولا الشيخ الفاني ولا المعتوه ولا المقعد انهم يشاركون في السكنى
لانه لم يلزمهم اهل النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية رواه ابن عباس رضي الله عنهما وهو مطلق فيجري على اطلاقه بل
لا انصاف ان المراد به بعد الاسلام اذ لو لم يسقط لصدق ان على هذا المسلم جزية **وقوله**
ولانها وجبت عقوبة الى اخره ظاهر ولعترض بانه لو ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما
يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا تبقى الجزية
بعده مع ان كل منهما يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب ان اداء الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم
يشرع لذلك **وقوله** والعصمة تثبت لكونه ادميا جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه
ان العصمة ثابتة للادمي من حيث انه ادمي لما مر انه خلق متحملا اعبا التكاليف فلا يصلح بكون الجزية
الطارية بدلا عنها ولقايل سلمنا انها ثابتة بالادمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية بعدها على ما كانت
بدلا والجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان يكون عن عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى
الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها **وقوله** والذمي يسكن ملك نفسه جواب

عن قوله او السكنى ومعناه ان الذمي يملك موضع السكنى بالشرا وغيره ومن الاسباب فلا يجوز
ايجاب البدل لسكناه في موضع مملوك فلو كانت الجزية اجرة كانت وجوبها بالاجارة لا محالة
ويشترط فيه التاقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكنى دل على ان الجزية
لم يكن بطريق الاجارة فان قال قايل كما انه لا يجوز ان يكون بدلا عن العصمة والسكنى فلذلك لا يجوز
ان يكون بدلا عن النصرة ايضا الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا يسقط
عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب بانها
انما لم تسقط لانه حينيذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة
في حق الذمي المال دون النفس **قال** فان اجتمعت عليه الحولان ه ان فعل الحولان اما باعتبار
حذف المضاف اي اجتمعت جزية الحولين واما تاويل السنتين وانما في عبارة الجامع الصغير لتفصيل في
اللفظ والابهام في قوله وجات سنة اخرى على ما نبينه كلامه واضح **وقوله** وقيل لا تداخل فيه
بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقا مونة من غير التفات الى معنى
العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها
عقوبة ابتدا وبقا ولهذا لم يشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل **وقوله** لهما في الخلافية
اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان لان الخراج وجب عوضا على ما تقدم وكلما وجب عوضا اذا اجتمع ؟
وامكن استيفاوه يستوفى كما في سابر الاعواض وامكن لان الغرض انه حي واستيفا المال من الحي ممكن
اذا لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم **قوله** ولابي حنيفة ظاهر **وقوله** على ما بيناه اراد به ما
ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقايل ان يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت
بدلا اما عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة
غير معنى البدل لبه عن شي فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك
ان كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبة
لا محالة **وقوله** ولهذا توضيح لقوله وجبت على الاصرار على الكفر والتلبيب اخذ موضع اللبب
من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر **وقوله** ولانه وجب بدلا عن القتل اسند الى من جهة
الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر **وقوله** وقد بيناه من قبل **قوله**
حمله بعض المشايخ على المعنى مجازا قال الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اختلفت مشايخنا في
قوله سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى تحقق اجتماعهما لانه عند اخر الحول تجب وهذا ضرب
من المجاز لان مجي كل شي مجي اوله واقول في تجويز المجاز ان مجي الشهر يستلزم مضي الاخر لا محالة وذكر
الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول اولها لان الجزية تجب باول الحول والتاخير
الى الحول تاخير وتاجيل عند ابي حنيفة وعلى هذا تتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز
وكلامه واضح **وقوله** على ما قررناه اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قايم في الحال لا الحراب
ما مضى الى الحرب ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو ان الزكاة وجبت في اخر الحول لانها تجب في المال
النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستنما لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار
الحول ليتحقق شرط وجوب لاداها **فصل** لما فرغ عن بيان ما يجب على اهل الذمة بسكناهم في دار
الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا ما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة
في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا اخصا في الاسلام ولا كنيسة ولا الى والاخصا بكسر الخا والمد
على وزن فعال مصدر خصاه اي نزع خصيته والانخصاب في معناه خطا ذكره في المغرب والمناسبة بين

ذكر الخصا والكنيسة بين ان احداث الكنيسة في دار الاسلام ازالة لتحوليته اهل داره معنى
كما ان الخصا ازالة لتحولية الحيوان ان كان الخصا على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع
عن النسا بالانقطاع الكلى فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه السلام ولا كنيسة احداثها فهو نفي
بمعنى النهي اي لا تحدث كنيسة في دار الاسلام ولا بقال كنيسة اليهود والنصارى لتعبدهم وكذلك
البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لتعبد اليهود والبيعة لتعبد النصارى
وقوله والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها
ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلاة اي صلاة الذمي في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع السكنى
وقوله والمروي عن صاحب المذهب ابي حنيفة رحمه الله والمراد بالمروي هو ما ذكرنا بقوله
وهذا في الامصار دون القرى **وقوله** في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض العرب بالجزيرة
لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات احاطت بها **وقوله** ويوخذ اهل الذمة بالتمييز
ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كانه قال وكيفية التمييز
ما ذكره في الجامع الصغير والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزين
به من الزنانير المتخذة من الابريسم **وقوله** صيانة لضعفة المسلمين اي الضعفة في الدين
لا في البدن اي نفعل ذلك بهم لكي يكونوا في اعين المسلمين الذين لم ينصلبوا في دين الاسلام اذلا
صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والمراكب والملابس ورونق حالهم فان
قيل لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا المجوس هجر بذلك
فيكون بدعة **أجيب** بانهم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه
حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس من يعرف وممن لا يعرف ووقعت
الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وكان النبي صلى الله عليه وسلم ايضا دار عمد
فلحوقه معه **وقوله** فانه يجفا في حق الاسلام اي ترك حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل
الذمة بتمييزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لا تمرا عن
عن وصف تقية فقدا هان صف بقيه معنى **وقوله** ان لا يركبوا الا للضرورة يعني كالخروج الى الرستا
وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه **وقوله** بالصفة التي تقدمت يعني كهيئة الاكف
وقوله لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه ودمه **وقوله** وكذا في حكم ما حمله من ماله
يعني ان الذمي اذا نقض ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على الدار كان ماله فيا **وقوله**
الا انه لو اسر استثنا من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل
ان اصر على ارتداده والله اعلم بالصواب **فصل** في نصارى بني تغلب
في فصل على حدة لان لهم احكاما مخصوصة بهم يخالف ساير احكام النصارى وكلامه واضح والاصل
فيه ما ذكر ابو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي
انه قال لعمر رضي الله عنه يا امير المومنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازا العدو
فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المونة فان رايت ان تعطيهم شيا فافعل قال فصالحهم عمر رضي
الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى ان يسقط
الجزية عن رؤوسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سايمة فليس فيها شي حتى يبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين
شاة سايمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا
الحساب توخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شي من ذلك فعلى التغلبي مثله

من بني ونساويهم كرجالهم في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شي وكذلك اراضيهم التي كانت في
ايديهم يوم صولحوا يوخذ منهم الضعف مما يوخذ من المسلمين **وقوله** والمراة من اهل وجوب
مثلها اي مثل ما له وجب بالصلح **وقوله** الاترى انه لا يراعي فيه شرايطها اي فيما اخذ منهم من
المضاعفة شرايط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النايب والاعطا قايما والقابض
قاعدا والاخذ بالتلبيب على ما مر **وقوله** ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية
وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي اي لا توخذ الجزية وخراج الارض من القرشي و يوخذ من معتقه
فكذلك هاهنا توخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم توخذ من التغلبي **وقوله** ولنا ان هذا
اي اخذ مضاعف الزكاة تخفيف يعني لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا
يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف ولهذا اي ولكون المولى لا يلحق بالاصل في التخفيف بوضع الجزية
على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق مولاه في ترك الجزية وان كان الاسلام اعلى اسباب التخفيف
واولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخليص عن التدنس بالاثام وقد
الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة فانه قيل ما بال مولى الغني
لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي ان الحرمات تثبت بالشبهات موجودة اجاب
بقوله لان الغني من اهلها اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له اذا كان عاملا وانما الغنا مانع
ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس
فالحق به مولاه ويجوز ان يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في
التشريف وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق مولاه به لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر
رحمه الله من الحديث وهو انه غير مجرى على عمومه فان مولى الهاشمي كهو في الكفارة بالاجماع فوجب التناول
بانه محمول على التعاون والتناصر لانهن لو ازمن فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس
الايمة السرخسي رحمه الله القياس في الكل سوا وهو ان لا يلحق مولى القوم بهم الا انه ورد الحديث كان في حرمة
الصدقة على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع رضي الله عنه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحل له
الصدقة فقال عليه السلام لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والمخصوص بالقياس بالنص لا يلحق به
ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول
الله صلى الله عليه وسلم في الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شي **وقوله** وما جباه الامام
اي جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع **وقوله**
وهولا عملتهم اي القضاة والعمال والعلما عملة المسلمين والعملة جمع عامل **وقوله** فلا شي له من العطا
العطا ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتدا
كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج النبي صلى الله عليه وسلم واولاد المهاجرين والانصار
رضي الله عنهم وكذا اليوم ما بقي اخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد اوفى عناه فيستحب الصرف
الى قريبه ليكون اقرب الى الوفا والله اعلم

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان
احكام الكفر الاصلي ذكر احكام في هذا الباب احكام الكفر الطاري لان الطاري انما هو بعد وجود الاصلي
وكلامه واضح **وقوله** الا ان العرض على ما قالوا غير واجب ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب
عرض الاسلام على المرتدين هكذا روي عن عمر رضي الله عنه لان رجا العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان
الردة كانت باعتراض شبهة **وقوله** وتاويل الاول يعني قوله ويحبس ثلاثة ايام انه يستمهل
اي يطلب المهل فيحبس ثلاثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا باس بقتله

الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة هاهنا بثلاثة ايام
نصب الحكم بالراي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بانه هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة
النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة ايام ورود فيه لان التقدير بثلاثة ايام هناك انما كان
للتامل والتقدير بها هاهنا ايضا للتامل **وقوله** ولانه كافر حربي بيانه كافر لا محالة وليس بمستامن
لانه لم يطلب الامان ولا ذمي لانه لم يقبل منه الجزية فكان حربيا **قوله** لاطلاق الدلائل يعني **قوله**
فاقتلوا المشركين **قوله** عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى
بعد الاسلام بالشهادتين واما المرتدة فلا تقتل فان قتلها رجل لم يضمن شيا حرة كانت او امة قال في النهاية
كذا في المبسوط **وقوله** لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم
الرجال والنسا كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من
حيث انها جناية متغلظة وكل ما هو جناية متغلظة يناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة
تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان يشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة
يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات ما يدرا
بالشبهات بالراي ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النسا ولان القتل جزا الكفر والاصل
في الاجزية تاخيرها الى دار الجزا وهي الاخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلا الذي هو مراد الله تعالى
علمه لان الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصار وا في المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلا وانما
عدل عنه اي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النسا
لان بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة الاصلية لا تقتل
فكذلك المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه السلام لم يقتلها
بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا
تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روي انه ليس بمجرى على ظاهره
لان التبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فنخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى
وقوله ولكن تحبس ظاهر وا عاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة
والامة **وقوله** والامة تجبرها مولاها قال ابو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامة
واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامر القاضي ان يجبرها على الاسلام قال
المصنف اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها امتنعت عن ايفا حق الله تعالى بعد الاقرار ومن المولى لما فيه
من الجمع بين الحقين اي الحبس والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهو
رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج
او استغنى وقاله وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة
جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا ابى قتل فلا فايدة في
الدفع الى المولى **قال** ويزول ملك المرتد عن امواله بردته ويزول ملك المرتد عن امواله
بردته زوالا مراعى اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت الى حالها والوا اي المشايخ هذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال
ملكه لانه لا يتمكن من اقامة موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم
والقصاص وللجامع ان كلا منهما مكلف مباح الدم وله انه حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه
يقتل ولا قتل الا بالحراب فكان القتل هاهنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا

لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو
كونه حربيا وهذا اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته لان المقهورية امارة
المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع الملك
المالكية بقا الملك محال غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقا
المالكية لانه حي مكلف يحتاج الى ما يتمكن به من ادا ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول وبالنظر الى الثاني
لا يزول فصار موقوفا في امره وقلنا يزول موقوف فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار
كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره
فعمل السبب عمله وزوال ملكه لا يقال اذا كان كذلك كان الحق الواجب ان لا يخرج المال عن ملكه كما هو
مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا تساوى الجهتان وافضى الى
الشك وها هنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما
قيد بقوله في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امراته
وتجديد الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله **قوله** وان مات او قتل
على ردته اعاده لانه لفظ القدوري والاول كان لفظه ذكره شرط الكلام **وقوله** ثم
هو مال حربي فيكون فيا يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال
ضايع **وقوله** على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى اخره **وقوله** ويستند
يعني التوريث الى ما قبل ردته فيجعل كانه اكتسبه في حال الاسلام فورثته ورثته منه
من وقت الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد اي استناد التوريث في كسب
الاسلام لوجوده اي لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه
قبلها اي لعدم الكسب قبل الردة ومن شرطه وجوده قبلها اي ومن شرط استناد التوريث
وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه
حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة
وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان اسلم بعض قرابته او ولد
من علوق حادث له بعد ردته لا يرثه في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية
الحسن عنه اعتبارا للاستناد يعني ان الردة يثبت بها بعد وجود الاشيا الثلاثة الموت والقتل
والحكم بلحاقه بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كان الوارث ورثه
حين الردة فلاجل هذا شرط ان يكون وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه
وارثه فيه فلهذا لذلك وعنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية محمد قيل وهو الاصح
انه يعتبر الوارث عند الموت بعد احد الامور الثلاثة سوا كان موجودا وقت الردة او
حدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في الولد
الحادث من المبيع قبل القبض فانه يصير معقودا عليه بالقبض ويكون له من الثمن قال في
النهاية وحاصله ان على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه
باقيا الى وقت الموت او اللحاق لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث
بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى رواية ابي يوسف يشترط الوصف الاول دون
الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الاول وترثه امراته المسلمة اذا
مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا لانه سبب الهلاك كالمرض فاشبه ردته

الني

التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض فالطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا
كانت في العدة قال قيل ابو حنيفة رحمه الله يسند التوريث الى ما قبل الردة وذلك يستلزم ان
لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول لان الردة موت وامراة الميت ترثه سوا
كانت مدخولا بها او لم تكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيها المدخول
بها وغيرها واما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في
السببية فلا بد من تقويها بما هو من اثار النكاح من الدخول وقيام العدة **وقوله** بخلاف المرتدة عند
ابي حنيفة فان ما اكتسبه في حالة ردته في في عنده وفرق بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه
ولا اهل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق ان المراة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان
عصمة الشرع المال تبع لعصمة النفس والردة لا تزيل عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة
مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها
فيكون ميراثا لورثتها ولا يرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة والقياس ان لا يرثها لان
قرار الزوج انما كان يتحقق اذا ماتت وهي في العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه
لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ثم ها هنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج
وجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله لقصدها ابطال حقه حقه فارة عن ميراثه
فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس
الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا تكون في حكم الفارة المريضة فلا
يرثها زوجها منها **قال** رحمه الله وان لحق بدار الحرب مرتدا اي ان لحق المرتد بدار الحرب
وحكم القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه
في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين عندنا وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماله موقوفا وهو
احد اقواله لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في الاسلام والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف
جدا ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه بين اظهرهم واعتقاده
كاعتقادهم واما حكما فانه لما ابطل احرازه نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب صار
حربا على المسلمين فاعطي حكم اهل الحرب في دارهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى اومن
كان ميتا فاحييناه ولان ولاية الالزام منقطعة كما هي منقطعة عن الموتى الا ان لحاقه لا
يستقر الا بقضا القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضا فاذا تقرر موته الحكمي يثبت الاحكام
المتعلقة به وهي ما ذكرنا ها يعني عتق مدبروه الى اخره كما في الموت الحقيقي **وقوله**
ثم يعتبر ظاهر والضمير في لتقرره للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان **وقوله** فهذا
رواية عن ابي حنيفة هو رواية زفر عنه رحمهما الله **وقوله** وعنه اي عن ابي حنيفة
انه يبدا بكسب الاسلام وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة **وقوله** وعنه اي عن ابي حنيفة
ايضا وهو رواية عن ابي يوسف عنه رحمهما الله على عكسه وهو انه يبدا في قضا الدين
بكسب الردة **وقوله** وجه الاول ان المستحق بالسببين اي المدايتين مختلف
وتقريره ان المستحق بالسببين مختلف والمودي من كسب واحد فلا بد من ادايه من كسبين
تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به
المستحق وهو الدين فيضاف اداوه اليه ليكون الغرم بازا الغرم **وقوله**
وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن

شرط هذه الخلافة الفرايض حق المورث فتقدم الدين واما كسب الردة فليس بمملوك
له لبطلان اهليه الملك بالردة عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاوه من محل
اخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يودي منه دينه اجاب
بقوله كالذمي اذا مات ولا وارث له فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة
المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين قضي منه **وله** وجه الثالث ان كسب
الاسلام حق لورثته بتقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضا
الدين من خالص حقه اولي منه من حق غيره الا انه اذا تعذر بان لم يف به حينئذ يقضي
دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من وجه الاول ما قيل ان هذا يناقض
وقوله اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهليه الملك بالردة والثاني ان كون كسب الاسلام
حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث
ان قضا الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضا الدين منه
اولي واجيب عن الاول بان المعني من خلوص الحق ها هنا هو ان لا يتعلق حق الغير به كما
يثبت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا تري ان كسب المكاتب
خالص حقه وليس ملكا له وكذا كسب الذمي اذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا انفا وعن الثاني
بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال عن قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل
بالردة الي الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به بما له عند الموت
به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه ولا شك ان قضا الدين من الاول
اولي هذا على طريقة ابي حنيفة وعندهما يقضي دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى
يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما **قال** وما باعه او اشتراه ذكر
التصرفات التي اختلف علماونا رحمهم الله في نفاذه وتوقفه وقال وهذا عند ابي
حنيفة وانما قال كذلك لان المسئلة من مسايل القدوري وليس الخلاف فيه
مذكورا في هذا الموضع وبين اقسام تصرفات المرتد وهو واضح الي ما يذكر **وقوله**
يجوز ما صنع في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني الموت والقتل واللحاق
وقوله لانه لا يفتقر الي حقيقة الملك وتمام الولاية يشير لقوله كالاستيلاد
والطلاق **وقوله** الي حقيقة الملك يعني في الاستيلاد فلو ولدت جاريته
فادعي نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته فكانت الجارية ام ولده
لان حقه في ماله اقوي من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب صحيح
فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الي حقيقة الملك وانما يكتفي فيه بحق الملك **وقوله**
وتمام الولاية يعني في الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه
فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد
اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لو ابان الرجل امراته ثم طلقها طلاقا باينا
على ما عرف على انه يحتمل ان يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معا **وقوله**
لانه اي كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ما كان عليه
ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بالمراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض
بنكاح اهل الكتاب وذبايحهم وان كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح

المجوس والمشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية لا مقروه ولا محرفه وقد حكم
بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكني وجريان التوارث بين الزوجين
منهم واجيب بان المراد بالملة ما يثبت به نكاحا يقرون عليه ويجري به
التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عنه ذلك وهو التوالد والتنا
والمرتد والمرتدة لا يبقيا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس **قوله**
ولو مات ولده بعد الردة يعني لو مات ولده المولود في الردة بعدها قبل موت المرتد
لا يرثه فلو لم يكن ملكه فيما بعد الردة لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب
فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفاته لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب
وقوله على ما قررناه كيف يتم لها هذه الاعراض من النكاح بخلاف المجوس واهل
الشرك فانهم دانوا دينا يقرون عليه قبل الاسلام وبعد ان لم تكن المراة محارمه فكانت
المصالح منتظمة **وقوله** كالمفاوضة معناه ان المرتد ان فاوض مسلما توقف فان اسلم
نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالا
وقوله وهو ما عددناه يعني **وقوله** وما باعه او اشتراه الي اخره **وقوله** على
ما قررناه اشارة الي قوله لانه مكلف محتاج الي اخره **وقوله** وهذا لو ولد له ولد
بعد الردة لستة اشهر توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زايلا لما ورثه هذا
الولد لكونه علوقه بعد الارتداد في توقف الملك اشارة الي ما قدمه **وقوله** وله انه
حربي مقهور تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه اي على توقف الملك **وقوله** لتوقف
حاله اي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن **قوله** فكذا المرتد يعني حاله يتوقف
بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك ها هنا
واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيا فكيف يتوقف استرقاقه
والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض **وقوله** واستحقاقه القتل جواب عن قولهما
ولا خفا في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي اهلية كاملة
وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل
لبطلان سبب العصمة وهو كونه ادميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية **وقوله**
في الفصلين يريد به فصل الحربي وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا
تحللا في الاهلية موثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق
القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقاق
في ذلك يعني ان الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة
والزاني والقاتل ليس كذلك لان الاستحقاق فيهما جزا على الجناية **وقوله** وبخلاف
المراة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة **قال** رحمه الله فان عاد المرتد بعد
الحكم بلحاقه اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الي دار الحرب الي دار الاسلام مسلما فما وجده
في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما خلفه فيه لاستغنايه عنه حيث
دخل دار الحرب واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه اي على الوارث ولم يشترط شمس الايمة
الحلواني في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده
الي الدنيا كان الحكم فيه هكذا الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه

فانه لا سبيل له فانه ازاله عن في وقت كان فيه بسبيل من الازالة فتنفذ ته بخلاف امهات
الاولاد والمدبرين فانه لا سبيل له عليهم لان القضا بحقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضا القاضي
بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يبيعه حقيقة فانه لو جي عن ولايته
كان له ان يبيعه حكما فاذا كان قضاوه عن ولايته نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض
ولو جا مسلما قبل قضا القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات اولاده ومدبروه على حالهم
لا يعتقون بقضا القضا وما كان عليه من الديون فهو الى اجله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله الا انه
لا يستقر لحاقه الا بقضا القاضي **قوله** واذا وطي المرتد جارية نصرانية ظاهر **وقوله**
فلما قلنا اشارة الى قوله لانه لا يستقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة اشهر حكم الاكثر
منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة اشهر احترازا عما اذا جات به لاقل من ستة اشهر فان الولد
يرث اباه المرتد وان كانت امه نصرانية لانها [illegible] حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة
فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال
فهو اي المال في دون نفسه ويجوز ان يكون المال فيا دون نفسه كمشتري العرب والحق
ثم رجع يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاقه ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال
فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم والفرق بين المسالتين ان المال مال لم يجر فيه الارث فهو مال
الحربي واذا ظهر على مال الحربي فهو في لا محالة والثاني انتقل الى ورثته بقضا القاضي بلحاقه
وكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة اخذه مجانا فان
لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب
فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيا لا حق للورثة فيه لان الحق
لا يثبت لهم الا بالقضا واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جا المرتد مسلما
فالكتابة جائزة والولا للمرتد الذي اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها
بدليل منفذ وهو القضا قضا القاضي باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن
او ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تحل ملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد
مسلما اخذ ما وجده بعينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في الوكالة خلافه
احتيالا لابقا حكم الحاكم في صحة الكتابة فكانه وكله في كتابة عبده وحقوق العقد فيه اي في
عقد الكتابة فكانه وكله في كتابة عبده وحقوق العقد فيه اي في عقد الكتابة يرجع الى الموكل واما
ان الولا للمرتد الذي اسلم فلان الولا لمن اعتق والعتق انما يحصل منه بعد ادا بدل الكتابة بخلاف
ما اذا رجع مسلما بعد ادا بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قايما حينئذ **قال** رحمه
الله واذا قتل المرتد رجلا خطا ثم لحق **قوله** لانعدام التناصر يعني ان التعاقل انما يكون باعتبار
التناصر واحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسبا يرد بونه وما له هو المكتسب في حال
الاسلام دون الردة عند ابي حنيفة وعندهما الكسبان جميعا له **قوله** وعنده ماله المكتسب
مبتدا وخبر وكان المقام مقتضيا الضمير المنفصل لتفصله عن الصفة **قوله** اما الاول يعني
ما اذا مات على ردته **قوله** فاهدرت يعني السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد
والدية الكاملة في الخطا لان قطع اليد صار نفسا بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات
من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيا وان كان معصوما وقت السراية لان الاهدار لا يلحقه

الاعتبار يعني اذا لم يبق معتبرا ابتدا لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا اما
المعتبر فقد يهدر بالابرا فكذلك بالردة **قوله** فان لم يلحق واسلم يعني اذا قطع يد المسلم ثم
ارتد والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات فعليه الدية كاملة **قوله** في جميع
ذلك اي فيما اذا مات على ردته او لحق ثم جا مسلما او لم يلحق واسلم **قوله** لان اعتراض
الردة اهدار السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان دليله ان الردة بمعنى لو مات عليه لم
تجب بالسراية شي فكذلك انه لو لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او
تفاسخا البيع ثم مات العبد لم تجب الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع بمعنى لو مات
عليه لم يجب بالسراية شي لان الاقدام على البيع ابرا عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يد مرتد
فاسلم سوا مات من القطع او لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بنا
على الاصل المار ان المهدر لا يلحقه الاعتبار ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لان الغرض
انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الغرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس والباقي
ظاهر **قوله** وصار كقيام الملك في حال بقا اليمين يعني اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر
ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين وعند الحنث لم يعتق وفرق
بين الردة والبيع بان الردة ليست بابرا ولا مستلزمة له لانها [illegible] وضعت لتبديل الدين
ويصح ممن غير ابرا الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر ذمته بالردة بخلاف بيع العبد
المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل
ايضا فصار كالابرا وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان قول محمد رحمه الله قياس وقول ابي حنيفة
وابي يوسف استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع
يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عمدا فلا شي له لان الواجب في العمد القود وقد فات
محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطا فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية
كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطا على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا
فلهذا كان على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطا في
ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد **قوله** واما عند ابي حنيفة رحمه الله يحتاج الى
الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له اذا كان حرا وجعله ملكا له
اذا كان مكاتبا ووجه الفرق ما ذكره ان المكاتب يملك اكتسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة
لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذي هو شبهة الموت واذا لم يتوقف
العقد لم يتوقف الاكتساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله الا ترى انه اي المكاتب لا يتوقف
تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى يعني الردة بالطريق الاولى وانما كان الرق اقوى
من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذة بالاجماع كالاستيلاد والطلاق
وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشرا وغيرهما واما العبد فممنوع عن التصرفات كلها
ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد اولى قال
صاحب النهاية نقلت لشيخي رحمه الله في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم
منع الردة لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز ان يمنعاه عند الاجتماع لان
للاجتماع تاثيرا كما في الشاهدين ثم اجتمع هاهنا للمكاتب هذا ثلاثة اوصاف كونه مكاتبا
ورقيقا ومرتدا فجاز ان يكون ممنوعا عنه لاجتماع هذه الاوصاف قال رحمه الله اما الكتابة

فهي مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة وكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفرا[ده]
فلا تثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا قام احد المدعيين اربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت
بوصف في العلة لا بالعلة نفسها الي هذا لفظه واري ان الجواب بحسب النظر غير مطابق للسوا[ل]
لانه ما ابرز السوال من حيث ان احدي علتي الاطلاق وترجح بالاخري بل ابرز من حيث انهما
عند الاجتماع لم لا يجوز ان يكونا مانعا عن التصرف بنا على ان الهيئة الاجتماعية لها من الجوا[ز]
ما ليس لكل من الافراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تاثير اذا امكن ان يحصل
من تركبهما امر خارجي او اعتباري حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة **قال**
رحمه الله واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله تعالى قيل قوله فحبلت المراة في دار
الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب
كذلك ولعله ذكره لفايده وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد عن الاسلام واذا كان
في دار الاسلام كان اقرب اليه باعتبار ان لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون
جبرا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر **قوله** ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية ووجهه
انه لو كان مسلما تبعا للجد لكان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية
ادم صلى الله عليه وسلم ولو كان تبعا لابيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق
الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير **قوله** كلها على الروايتين
يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة
جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صورة الولد مسلما باسلام جده فهي ما ذكرنا واما صورة
صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا والجد موسر هل يجب فطرة الحافد اليه
او لا واما صورة جر الولا فانه اذا اعتق العبد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولا الحافد
لموالي الجد او لا يكون وصورة الوصية للقرابة اذا اوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها
وهل يدخل الجد ولا على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح
رسالتنا **قوله** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد يعني يجري عليه احكامه فيبطل
نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان ادرك كافرا ويحبس وتوجيه
تحرير المذاهب في الكتاب ظاهر **قوله** لهما اي لزفر والشافعي رحمهما الله انه اي الصبي
الذي يعقل تبع لابويه فيه اي في الاسلام فلا يجعل اصلا يعني يصح اسلامه بطريق التبعية
للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين القدرة
والعجز تناف واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي
الاخر ضرورة **قوله** ولانه يلزمه دليل اخر وهو واضح **قوله** وافتخاره فيه
مشهور يشير الي ما قاله رضي الله عنه سبقتكم الي الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان الحلم واختلفت
الرواية في سنه حين اسلم رضي الله عنه وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين
ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الي الاسلام في اول
مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهى نوبة
علي بايام ضمنت خمسا الي ثلاثة وخمسين وقال الضحاك اسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو
ابن ستين **قوله** ولانه اتى بحقيقة الاسلام دليل اخر وهو ظاهر **قوله** وما يتعلق

به

به سعادة ابدية يجوز ان يكون معطوفا على التصديق اي هو التصديق الاصلي وهو
ما يتعلق ويجوز ان يكون خبر مبتدا ... **قوله** هو الحكم الاصلي على تقدير
ان يكون تفسيرا او يجوز ان يكون قوله وما يتعلق به مبتدا **قوله** سعادة
الابد به خبره وهو الاولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه احكام يشوبها
المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا نفل في الايمان ومن ضرورة
كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن تصحيحه فرضا
لم يصح بخلاف ساير العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب انا لا نسلم ان من ضرورة
كونه فرضا ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس مخاطبا به
ومن صلى في اول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت والجواب عن
قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ان احدي الجهتين مؤيدة للاخرى فلا يكونا
متنافيين وذلك كالجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنيته نفسه
وتبعا للسلطان ايضا **قوله** ولهم اي ولابي يوسف وزفر والشافعي رحمه الله **قوله**
ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها اي في الردة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة
كما قلنا في الاسلام فان رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح كما ان رد الاسلام انما يكون
بالحجر عنه وكذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة
وذلك جمع بين الشيئين بالقياس فرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف
في الاصول والجواب ان هذا قياس منا لوجود شي وتحققه بوجود شي اخر وتحققه في
عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما **قوله** الا انه يجبر على الاسلام هذا
جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه **قوله** لانه عقوبة
والعقوبات موضوعة عن الصبيان ... مرحمة عليهم قال في النهاية
فيه نظر لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لصباه والله تعالى ارحم
الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار بخلد كساير الكفار وذلك منصوص
عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشي ومشار اليه في المبسوط ثم قال
والاولى ما يعلل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله انما لا
نقتله لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلما في صحة اسلامه في الصغر والله اعلم بالصواب

باب البغاة

اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده فالبغاة جمع الباغي كالقضاة جمع القاضي
واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة
وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة
الى العود لم يكن عليهم شي لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم في ذلك كحال المرتدين
واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل القتا[ل]
المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها اول تحكيم الخوارج واجتماعهم
بسبب على ابا موسى الاشعري بينه وبين معاوية قائلين ان القتال واجب بقوله
تعالى فقاتلوا التي تبغي الاية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما
انزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك انه رضي الله عنه انفذ ابن عباس رضي الله

محذوف ويجوز ان يكون مبتدا وخبره م

عنهما ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضي الله عنه
هذه الحادثة ليست بادنى من بيض حمام وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل
منكم فكان تحكيمه على موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر الحرورية وكلامه واضح
وقوله والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت يريد به ما روي الحسن عن ابي حنيفة
ان الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في
بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار محمول على حال
عدم الامام اما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا امنين والسبل امنة فخرج عليه
طايفة من المومنين فحينيذ يجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتلهم نصرة لامام المسلمين
لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي الاية فان الامر للوجوب **وقوله** اجهزوا اتبع على بنا المفعول
ويقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وتممت عليه **وقوله** ولا يقتل اسير هو منقول
على رضي الله عنه ولا يكشف ستر اي لا تسبى نساوهم الا ترى ان اصحاب علي رضي الله عنه
سالوه قسمة ذلك فقال فاذا قسمت فلمن يكون عايشة والعدوة اسم للاقتداء كالاسوة
اسم للايتساء يقال فلان قدوة اي يقتدى به **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله
ويحبسهم اشارة الى قوله دفعا للشر **وقوله** ولانهم مسلمون معطوف على قوله
لقول علي **وقوله** اما عدم القسمة فلما بيناه اشارة الى قول علي ولا يوخذ مالهم لانهم
مسلمون **وقوله** وان يجوا يعني ان تلف اهل البغي من المصر قبل ذلك اي قبل اجرا احكامهم
على اهله **وقوله** في الوجهين اي في الوجه الذي قال انه على الحق وفي الوجه الذي قال
انا على الباطل **وقوله** رواه الزهري قال الزهري وقع الفتنة واصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتاويل القران فهو موضوع
وكل فرج استحل بتاويل القران فهو موضوع **وقوله** ولا التزام لاعتقاد الاباحة
يعني ان الباغي اعتقد اباحة اموال العادل بان العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب
الكتاب **وقوله** ولما فيه اي لابي حنيفة ومحمد في قتل الباغي العادل **وقوله**
فيعتبر الفاسد اي يعتبر التاويل الفاسد في دفع الحرمان **وقوله** لم يوجد الدافع اي
التاويل الدافع للضمان **وقوله** وليس بيعه بالكوفة تقييد بالكوفة باعتبار ان
البغاة خرجوا فيها اولا والا فالحكم في غيرها **وقوله** الا بالصنعة يريد به الحديد لانه
انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه الا ترى انه يكره مع المعازف قبل جمع معزف
نوع من الطنابير يتخذه اهل اليمن ولا يكره بيع الخشب لانه انما يصير معزفا بفعل غيره
وقوله وعلى هذا بيع الخمر من العنب اي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لابي
حنيفة بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وكراهة بيع العصير ممن يتخذ خمرا سياتي في باب الكراهية

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي هو دفع الهلاك عن نفس
عامة المسلمين واللقيط اسم لشي منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة لحي مولود
طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه اثم ومحرزه غانم لما في ذلك من
الاحيا وقد قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول
كان تسمية الشي باسم ما يول اليه لما انه يلتقط وهو حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد

وقاذف امه لا يحد كذا في شرح الطحاوي **وقوله** لان الاصل في بني ادم الحرية لانهم من بني
ادم وحوى وهما حران والرق انما هو بعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم المعارض ولان الحكم
للغالب والغالب فيمن يسكن دار الاسلام الحرية **وقوله** هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما
انهما قالا اللقيط حر وعقله وولاوه للمسلمين وعن عمر مثله **وقوله** والخراج بالضمان اي له
غنمه وعليه غرمه اي غلة العبد المعيب تسلم للمشتري لانه قبل الرد في ضمانه يقال الخراج
علامة اذا اتفقا على ضريبة يودبها اليه في وقت معلوم **وقوله** فيه اي في بيت المال
ويقال برع الرجل وبرع بالضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع **وقوله** الا ان
يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية في قوله ليكون دينا اشارة الى انه انما يصير
دينا اذا قال ذلك ومن اصحابنا من قال مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول
على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه ان لو كان من اهله ولو كان
من اهله وامر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق عليه فكذا اذا امره القاضي والاصح انه لا يرجع ما لم
يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في تمام ما شرع فيه من التبرع
وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه **وقوله** معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه
يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل اخر فالملتقط اولى لانهما استويا في الدعوى وللاحدهما يد فكان صاحب
اليد اولى **وقوله** ثم قيل يصح في حقه اي في حق النسب وقيل يبنى عليه بطلان يده لان من
ضرورة ثبوت النسب انه يكون هو احق بحفظ ولده من غيره **وقوله** ولو ادعاه الملتقط اي لو
ادعى الملتقط نسب الملتقط وقال هو ابني بعد ما قال انه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لم
يبطل بدعواه حق احد ولا منازعة له في ذلك والاصح انه على القياس والاستحسان يصح كما في دعوى
غير الملتقط لكن وجه القياس في دعوى الملتقط وهو تناقض كلامه لانه انما زعم وهو لقيط كان
نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه فكان متناقضا وفي الاستحسان تصح
دعوته لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه فهو في هذا
الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية **وقوله** انه متناقض قلنا نعم
ولكن فيما طريقه الخفا فقد يشتبه على الناس حال ولده الصغير فيظن انه لقيط ثم يتبين بعد
ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا اكذب نفسه واذا ادعاه اثنان
ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به ان يجب على الملتقط ان اللقيط الى الذي وصف علامة
في جسده واصاب في وصفه لان الواصف اولى بذلك اللقيط فانما الفرق بين اللقيط واللقطة
فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف احدهما واصاب ولم يصب الاخر فانه لا يقضي لصاحب
الوصف بل اذا انفرد الواصف حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزم وههنا يلزم اجيب
بان الفرق بينهما هو ان اصابة الوصف امر محتمل يحتمل انه اصاب لانه له ويحتمل انه اصاب لانه راى
في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق
كاليد في دعوى النتاج اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق
وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق في دعوى اللقيط الا ترى انه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له
به وان لم يقم البينة فيعتبر الوصف لترجيح سبب الاستحقاق واما في اللقطة فالدعوى ليست
بسبب للاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق والوصف
لا يصلح سببا له فافترقا **وقوله** واذا وجد في مصر من امصار المسلمين على ما ذكر في الكتاب

دينا

بدفع

حومة

ظاهر وقال في النهاية والمسئلة في الحاصل على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين
كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة
والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلي عليه اذا مات والثالث ان يجده كافر في مكان
المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الروايات
ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد ان العبرة
للواجد في الفصلين جميعا كذا في المبسوط **وقوله** في بعض النسخ يعني نسخ دعوى المبسوط **وقوله**
ومن ادعى ان اللقيط عبده ظاهر فانه قبل البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم هاهنا لان
الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما عنه اجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه
عنه ويزعم انه احق بحفظه فلا يتوصل المدعي الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة فان ادعى
عبد انه ابنه ثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف
بثبوت النسب والرق وهو مضرة فتثبت الاولى دون الثاني لان الاولى لا يستلزمه لان المملوك
قد تلد له الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن ان يفرق بجعل كلامه دليلين على
مطلوبين احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر لانه مملوك
قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الامة فيكون عبدا والظاهر في بني ادم الحرية فلا تبطل
بالشك **قال** والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان
او المسلم والذمي وهما خارجان ان دعوى مجرده فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي وكذلك
اذا اقام البينة وليست احداهما اكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد
رجل انه ولد على فراشه واقام على ذلك شاهدين مسلمين واقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على
فراشه من هذه الامة قضي بالصبي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي اكثر اثباتا
لانها تثبت النسب بجميع احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوة
ان الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من المسلم الخارج واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او
على دابة هو عليها فهو له وكذا الدابة اعتبارا للظاهر لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا
كان من اهل الملك فما كان معه فهو ظاهر العدم اليد ثابته عليه اصله الغنيمة الذي عليه
فانه قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا كان الظاهر حجة مثبتة
وليس كذلك اجيب بان هذا الظاهر يدفع دعوى الغير **وقوله** ثم يصرفه الواجد اليه ظاهر
قوله والموجود في كل واحد منهما اي من الملتقط والام احدهما لان للملتقط رايا
كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا راي لها **وقوله** لانه من باب تثقيفه ان
التثقيف تقويم العوج بالثقاف وهو ما يستوي به الرماح ويستعار للتاديب
والتهذيب **قوله** بخلاف الام لانها تملكه اي تملك اتلاف منافعه فانها تملك
استخدام ولدها واجارته والله الموفق للصواب

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني ادم واللقطة بغيرهم
للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني ادم اللقطة وهو الشي الذي يجده ملقى فياخذه
امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا
الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء احترازا عن قول من يقول انه

اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول اخذه
جائز وتركه افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجد
صاحبها في ذلك الموضع وهو الجواب اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون
والمؤمنات بعضهم اولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة
ماله فاذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره وما لا يكون واجبا
وهو ما اذا لم يخف الضياع فعلى رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى
ولانه لو تركها لا يؤمن ان يصل عليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها وقيل تركه افضل لما ذكرنا
ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب وانما كان ذلك
اي اذا كان اخذها مادونا فيه شرعا لا يكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لا ينافي
وقوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه واذا شهد الملتقط انه اخذها الى اخره
لا يكون مضمونة عليه لانه لم ياخذه لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت امانة لا تكون
مضمونة وكذا اذا تصادقا المتصادقان والمالك انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما
وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك ولو اقر الملتقط انه اخذها
لنفسه ضمن بالاجماع لانه اخذ مال الغير بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه
وقال الاخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
لا يضمن والقول قوله اما عدم الضمان فلان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون
المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لا لنفسه فيحمل
مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه واما ان القول قوله فلان
صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو ينكره والقول قول
المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه الغصب **وقوله** ولهما انه اقر بسبب الضمان ظاهر قيل
هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او خاف
انه لو اشهد عند الرفع ان ياخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد
من يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع ان ياخذه منه الظالم فترك الاشهاد لا
يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد
مع القدرة عليه **وقوله** ويكفيه في الاشهاد فيه ان يقول ظاهرا **وقوله**
وهذا رواية عن ابي حنيفة يشير الى انها ليست ظاهر الرواية قال الطحاوي قال
واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشي نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية **وقوله**
كانت مائة دينار تساوي الف درهم يريد به ما روى البخاري في الجامع الصحيح مسندا الى ابي بن
كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها سنة فعرفتها
فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال
احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة
لعموم اللفظ لا لخصوص السبب واقول هذا الحديث يدل على ان التعريف يكون حولين
وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد **وقوله** وقيل
الصحيح ان شيئا من هذه المقادير اشارة الى ما اختاره شمس الائمة السرخسي رحمه الله **وقوله**
كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كان في مواضع متخلفة فجمعها لحكم الكثرة لها قيمة فانه

ها
سبب
الملتقط
فنها

يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى
ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز ان ياخذها لان الالقا متفرقا دليل على الاذن
لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع
فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها ما جمعها فالظاهر انه ما القاها قال فان جا صاحبها
والا تصدق بها يعني لو جا صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايضا لا عين حقه المستحق
الدفع اليه كما في دفع بيع الفضولي والا اي وان لم يجي فهو بالخيار ان شا تصدق بها ايصالا
للعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها الى مستحقه وان شا امسكها
رجا الظفر بصاحبها فان جا صاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شا
امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق ان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف
على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها كما في بيع الفضولي وليس
بلازم حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة اجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة
لان الملتقط لما كان ماذونا في التصدق شرعا ملك الفقير بنفس الاخذ لان التصدق من
اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت
الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قايما في يد الفقير اجيب بان ثبوت
الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد
اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت امواله بين ورثته فانه ياخذ ما وجد قايما بعد ثبوت
الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك لان المالك بيعه
فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام
البايع والمشتري والمالك ايضا وسيجي تمامه في البيوع ان شا الله تعالى وان شا ضمن الملتقط
وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع اجاب بقوله لانه با ح
من جهة الشرع يعني ان الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا
ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شا ضمن المسكين لما ذكره
في الكتاب وهو ظاهر وان كان العين قايمة في يد الفقير او هالكة فان كانت قايمة اخذها وان
كانت هالكة فان شا ضمن الملتقط وان شا الفقير وايهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشي فان كلا
منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسليم بدونه لا يقال الفقير
مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيا وقوله
ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله والاباحة اي اباحة
الاخذ قوله واذا كان معها اي مع اللقطة ما تدفع بها عن نفسها يعني ما يهلكها كالقرن
في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذلك في الفرس وقوله
فيقتضي بالكراهة اي بكراهة وقوله وفي هذا نظر من الجانبين اي من جانب
المالك بابقا عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما انفق على اللقطة قوله
فاذا لم يظهر يامر ببيعها قيل فاذا امر ببيعها على القاضي ان ياخذ من ثمنها ما انفق بامره
في اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي
فيعينه على اخذ حقه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه فكان للقاضي
ان يعينه على ذلك وقوله وفي الاصل شرط اقامة البينة انه الملتقط يقيم البينة

على ان

على ان هذه الدابة لقطة عنده فان قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس
بموجود ههنا اجاب بقوله وليست تقام للقضا اي هذه البينة تقام لاستكشاف
الحال بانه لقطة عندي ولكنها لقطة بقول القاضي للملتقط انفق عليها ان كنت صادقا
فيما قلت وانما يقول بهذا التردد بدون الجزم حذرا عن لزوم احد الضررين لانه لو امر قطعا تضرر المالك
بسقوط الضمان على تقدير الغصب ولو لم يامر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد
انفق عليها وقوله اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرنا
في مسايل اللقيط بقوله والاصح ان يامر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون دينا على اللقيط
فحينئذ على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي يكفي
للرجوع قوله واذا حضر يعني المالك كلامه ظاهر وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه يحيى بنفقته يقال انشدت الضالة اي عرفتها ونشدتها اي طلبتها ومنه الحديث
الذي ذكره الشافعي لا تحل لقطة مكة الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا
العفاص الوعا الذي يكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكا الرباط يقال
اوكى السقا شده بالوكا وهو الرباط الذي يشد به وقوله ايضا ملك المالك من وجه
يعني من حيث تحصيل الثواب فيملكه كما في سايرها اي في ساير اللقطات وتاويل ما روي
من قوله عليه السلام لا تحل لقطتها الا لمنشدها ان لا تحل التقاطها الا للتعريف فان قيل
ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم وبيانه
انه مكة شرفها الله مكان الغربا لان الناس ياتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث
ينقطع الرجوع لهم اليها فالظاهر انها للغربا ولا يعودون لهم في سنة واكثر فينبغي ان يسقط
التعريف لعدم الفايدة فازال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم فقال لا تحل
لقطتها الا للمعرف فكما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله انما اي المالك والشافعي رحمهما
الله حاصله ان الملتقط متبرع من وجه دون وجه فيكتفي في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج الى
اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر
لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله وهذا اي الحديث الامر به وهو قوله فادفعها
للاباحة اي وجب حمله على الاباحة لاجل العمل بالمشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة
على المدعي واليمين على من انكر فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض
المستلزم للترك ولقايل ان يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز
الدفع ايضا لان انتفا الوجوب يستلزم انتفا الجواز والجواب ان الشافعي يقول بانتفا الوجوب
والمصنف ههنا في مقام الدفع فجاز ان يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله
خلاف الكفيل الوارث غايب عنده اي عند ابي حنيفة واعاد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر
لشهرة حكم تلك المسالة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة الحاضر
البينة على انها له فهل ياخذ الكفيل عنده روايتان والصحيح انه لا ياخذ كفيلا وقوله
لان المالك ههنا غير ظاهر يعني يجاز ان يكون المالك هو الذي حضر فيكون اقرار الملتقط بانه هو
المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه واما المودع فانه مالك ظاهر فاذا اقر بالوكالة لا
يلزمه الدفع اليه لانه غير مالكه بيقين ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلكه
في يده لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس بضامن

ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشي وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك ... صح

لا المودع ظاهر في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل
لنفسه وانه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا
في المبسوط قوله وكان من احيا بشرا اي لا عينا جمع البشر وبصد المعسور قوله حملا
له على رافعها اي لا يكون شرطا ملاويا عنا على رفعها وقوله باطلاق النصوص يريد قوله
تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم قوله ولا تعتد
وقوله فمن اعتدى عليكم وقوله والاباحة للفقير بما روينا وهو قوله صلى الله عليه
وسلم فليتصدق به قوله والغنى محمول على الاخذ جواب عن قوله ولانه انما يباح
للفقير حملا له على رفعها قوله والانتفاع الى جواب عن استدلاله بحديث ابي رضي
الله عنه وقوله وهو جايز اي الانتفاع للغني جايز باذن الامام لانه في محل مجتهد
فيه قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع
للملتقط قوله لما ذكرناه اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله اعلم

كتاب الاباق

قال صاحب النهاية رحمه الله والاباق والهلاك والهرب والابق هو الهارب من مالكه قصدا
والاخذه افضل في حق من يقوى اي يقدر عليه لما فيه من احيايه اذ الابق هالك في حق
المولى فيكون الرد احياله واما الضال فهو الذي لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد فقيل
انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الابق ياتى به الى السلطان
لانه لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار شمس الايمة السرخسي رحمه الله واما اختيار شمس الايمة
الحلواني فهو ان المراد بالخيار ان شا حفظه بنفسه وان شا دفعه الى الامام وكذلك الضال
والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله ثم رفع الابق اليه يحبسه ظاهر به قوله
ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين
ومنهم من اوجب ما دونها فانه قال عمر رضي الله عنه في جعل الابق دينارا او اثنا عشر درهما
وقال علي رضي الله عنه في جعل الابق دينار او عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه
اربعون درهما وقال عمار بن ياسر ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر استحق
اربعين فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا اي جمعا
بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يوخذ باقل المقادير لتيقنه اجيب
بانه لم يوخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده
فيما دون مسيرة سفر وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة وهذا اولى لانه يعمل
بكل منها وقوله والتقدير بالسمع جواب عن قياس الابق على الضال في عدم وجوب الجعل
في قوله ولان الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها تقتضي التساوي بين الاصل
والملحق وليس بموجود وقوله ويقدر الرضخ تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك
فبحسابه فان عملوا بالقيمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض
الى راي الامام وقوله والمدبر وام الولد في هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما
مملوكان للمولى او هو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف بقوله لما فيه من احيا ملكه
اولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احيا المالية لان ام الولد لا مالية فيها عند ابي حنيفة
رحمه الله قوله لانهما يعتقان بالموت باطلاقه ظاهر في حق ام الولد وفي حق المدبر

الذي

الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فلذلك لا
يستوجب الجعل على الورثة لانه المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا
جعل لرد المكاتب او الحر وقوله ولو كان الراد ابو المولى او ابنه وهو اي كل واحد
منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والجواب ان يستحق كل من ذي
الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد ابيه وليس في
عياله فلا جعل له لان رد الابق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه
فلا جعل له على ذلك واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة
الابن غير مستحقة على الاب قوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب اي القدوري وهو
قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام قال رحمه الله ومن
ابق من الذي رده اذا ابق الابق من الذي رده واخذه ليرده فلا شيء عليه اي لا ضمان
عليه لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة ان الاخذ على
هذا الوجه ماذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله وذكر في بعض النسخ اي نسخ
مختصر القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد اذا ابق الابق منه وهو صحيح ايضا لانه اي الراد
في معنى البايع من المالك لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيدها المولى بالرد
بماله يجب عليه والبايع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوى
ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا انه امانة
عنده ولو اعتقه المولى اي اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقايه صار قابضا بالاعتاق
يجب عليه الجعل واشار بقوله بالاعتاق فيجب عليه الا انه لو دبر مكان الاعتاق
لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف المالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان
يصل الى يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا بخلاف الهبة فان
المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد
الى المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم
البيع جواب عما يقال قد قلتم من قبل ان الراد في معنى البايع من المالك ثم جوزتم
بيع المالك من الراد قبل ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع
ما لم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد
ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة تملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول
عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جايزا وقوله وينبغي اذا اخذه ان
يشهد انه اخذه ليرده ظاهر وقوله فان كان الابق رهنا سياتي الكلام فيه في
الرهن ان شا الله تعالى قوله والجعل بمقابلة احيا المالية فيه نظر لانه يلزمه
اذا رد ام الولد وما ثمة احيا المالية عند ابي حنيفة واجيب بانه لا مالية فيها
باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها لانه احق بكسبها وقد احيا الراد ذلك
برده قوله وان كان مديونا اي العبد الابق ان كان مديونا بان كان ماذونا
له فلحقه الدين في التجارة او استهلك مال الغير واقر به مولاه قوله كالموقوف
يعني بين ان يستقر على المولى متى اختار قضا الدين وبين ان يجبر للغرما حتى
اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل وقوله

وان كان اي الابق موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد
وانما ذكر ان الواصلية هذ دلد فشبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فيجب على من
يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى ان اختار الفدا يعني كلا التقديرين كان ينبغي ان يجعل
الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع ان المنفعة للواهب
ما حصلت بالرد اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة
والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل
على الواهب كذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له
الفعل الاخر بهما وجودا فيضاف الحكم عليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى اخرهما
وجودا كذا هذا وقوله وان كان لصبي الى اخره ظاهر والله اعلم

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الباب ههنا والمفقود مشتق من الفقد وهو
في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين
متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على مفهوم
الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم حي هو او ميت
قوله نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه
في الشرع وكلامه واضح وقوله ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل بان
كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره قوله وانه اي الوكيل من جهة القاضي لا
يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فانه
عند ابي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها واذا كان كذلك بقي
ان وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بنفسه الخصومة قضا بالدين
للغايب والقضا على الغايب وللغايب لا يجوز لان القضا لقطع الخصومة والخصومة
من الغايب غير متصورة الا اذا راه القاضي اي جعل القاضي ذلك رايا له وحكم به فحينئذ
يجوز لانه قضا اذ الاتى فعل مجتهد فيه نفذ قال قيل المجتهد فيه نفس القضاء
فينبغي ان يتوقف نفاذه على نفاذ اخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف واجيب
بان المجتهد فيه سبب القضا وهو ان البينة هل يكون حجة من غير خصم حاضر او لا
فاذا راها القاضي حجة نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف قوله
ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظاهر وقوله ومن الثاني
الاخ والاخت انما كان من الثاني لانها نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا
تجب الا بالقضا او الرضا ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضا والرضا قوله فاذا لم
يكن لك يعني الملبوس والمطعوم في ماله وقوله وهذا اي الاحتياج الى الاقرار
انما هو اذا لم يكونا اي الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة
شيا واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هذا
هو الصحيح احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر انه لا ينفق منها عليهم بالاقرار
لان اقرار المودع ليس بحجة على الغايب وهو ليس بخصم عن الغايب ولا يقضى على
الغايب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولنا ان المودع مقر بان ما في يده ملك الغايب

وان

وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو
خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضا منه الى المفقود قوله لان القاضي نايب عنه
اعترض عليه بان القاضي نايب عن الغايب في القبض للحفظ ولا حفظ للقبض للانفاق
على هولا فلا يكون نايبا واجيب بان القاضي نايب عنه في ايفا ما عليه من الحقوق كما هو
نايب عنه في الحفظ ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع
فانه نايب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن
لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع اليهم لا يوجبه
اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف قوله لان ما غيبه للغايب معناه ان الخصومة
لا تنتهي الا من المالك او نايبه والمالك غايب ولا نايب له حقيقة لانه لم يوكله وهو ظاهر
ولا حكما لان ما يدعيه للغايب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانهما كما تجب
في هذا المال تجب في مال اخر للمفقود ولا يكون النايب حكما الا في مثل ذلك وسيجي تمامه في
كتاب القضا ان شا الله تعالى وقوله ولا يفرق بينه وبين امراته كلامه واضح وقصه من
استهوته الجن اي جرته الى المهاوي وهي المهالك ما روي عن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقينا
المفقود فحدثني حديثه قال اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فمكثت فيهم
ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخل فقلت نعم فخلوا
عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب قد ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها
وتزوجت فخيرني عمر بين ان يردها علي وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس
فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما
بعد مضي مدة اعتبارا بالايلا والعنة والجامع بينهما منع الزوج حق المراة ودفع الضرر
عنها فان العنين يفرق بينه وبين امراته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولى وامراته
بعد اربعة اشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود اظهر من عذر المولى فيعتبر في حقه
المدتان في التربص ليحصل المسنون مكان الشهور فيتربص بالسنين باربع سنين عملا
بالشبهين قوله ولنا ظاهر وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي صلى الله عليه
وسلم مجمل وقول علي رضي الله عنه بيانا لذلك المبهم وقوله وعمر رضي الله عنه رجع
الى قول علي رضي الله عنه رواه ابن ابي ليلى وقوله ولا معتبر بالايلا جواب عن قياس مالك
صورة النزاع على الايلا وهو ظاهر فان الايلا اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف
المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا موجل وقوله ولا بالعنة جواب
عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعدما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة
لا تنحل ففات حقها على التابيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امراة
المفقود فان حقها مرجو قبل مضي اربع سنين قوله قال واذا تم له مائة وعشرون
سنة اختلف روايات اصحابنا في مدة المفقود فروى الحسن عن ابي حنيفة انها مائة
وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع
الى قول اهل الطبايع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة
وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا بموته لان ما
يقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر المثل

مثل الانسان وبقاؤه بعد موت جميع اقرانه نادر وبنا الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر
وهل يعتبر باقرانه في جميع الدنيا او في الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرايض السراجيه
وفي المروي عن ابي يوسف بمايه سنة لان الظاهر انه لا يعيش احد في زماننا اكثر من مايه سنة
وقدر بعضهم بتسعين لانه ليس بغالب ولانادر والاقيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو
المقيس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات النحيين ان لا يقدر بشي من المقدرات كالمايه
والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشي اصلا لتعطل حكم المفقود والارفق
ان يقدر بتسعين لانه اقل ما ذكر فيه من المقادير **قوله** واذا حكم بموته ظاهر وكذلك لو اوصي
للمفقود ومات الموصي لا تنفذ الوصية بل توقف وذكر في الذخيره واذا اوصي رجل للمفقود بشي فاني
لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس
حصة المفقود الى ان يظهر حاله فكذلك في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر **قوله**
وتصادقوا اي الورثه المذكورون والاجنبي وانما قيده بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال
اذا قال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد
فيما في يده معتبر وقد اقر ان ثلثي ما بيده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول اولاد الابن ابونا
مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيا بهذا القول ونوقف الباقي على يد
ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت
فاقامت البنتان البينة ان اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان
حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما
بهذه البينة يثبتان الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثه ينتصب خصما عن الميت في
اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل
لان الذي في يده جحد فهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد الابنتين
والمسالة بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيا للمفقود ومراده
بهذا اللفظ انه لا يخرج شيا من ايديهما لان النصف صار لهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من
وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيا للمفقود ان لا يجعل شيا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود
على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود فطلبت البنتان ميراثهما واتفقوا
ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن
المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين
فكان النصف متيقنا **قوله** ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقف النصيب فانه
يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرايض
السراجية في علم الفرايض **قوله** ولو كان معه اي مع الحمل وارث اخر ان كان لا يسقط بحال
ولا يتغير بالحمل يعطي كل نصيبه كما اذا ترك امراة حاملا وجدة فان للجدة السدس لانه لا يتغير
فريضتها بالحمل وكذلك اذا ترك امراة حاملا فان المراة يعطي الثمن لانه لا يتغير فريضتها وان كان
ممن يسقط بالحمل لا يعطي كابن الابن والاخ والعم فانه لو ترك امراة حاملا واخا او عما لا يعطي الاخ
والعم شيا لان من الجايز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن يسقط بحال
كان اصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطي شيا لذلك وان كان ممن يتغير به يعطي الاقل المتيقن به
كالزوجه والام فانه ان كان الحمل ابنا حيا ترث الزوجه الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان

الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس المتيقن كما في المفقود يعني انه اذا مات الرجل وترك جدة
وابنا مفقودا فللجده السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتعين بتغير نصيبها وكذلك لو ترك اما
وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل

كتاب الشركه

مناسبة ترتيب الابواب المارة انساقت الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركه هنا
خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المال
في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من
الاخر ثم سمي الاخر العقد الخاص بها وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشركه
جايزة لان النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهي على ضربين شركة املاك
وشركة عقود وكلامه ظاهر **قوله** خلطا يمنع التمييز دا اساكخلط الحنطة بالحنطة او الايخرج كخلطها
بالشعير **قوله** فلانه لا يجوز يعني البيع من الاجنبي الا باذن شريكه **قوله** وقد بينا الفرق في
كفاية المنتهي قبل الفرق ان خلط الخير بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخا
فاذا حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زايلا الى الشريك
في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين **قوله** قابلا للوكالة احترازا عن الشركة
في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصورة يقع لمن باشر سببه خاصة
لا على وجه الاشتراك اي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها تختص
بتضمن عقد الكفالة ثم تتضمن هذه العقود والوكالة بقوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا
بينهما الاوان يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير
المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركه **قوله** ثم هي
اربعة اشهر ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد او لا فاما ان يلزم
اشتراط المساواه في ذلك المال في راسه وربحه او لا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان
وان لم يذكراه فاما ان يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير او لا فالاول الصنايع والثاني
الوجوه ومعنى البيت لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم امراء وسادات
فانهم اذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز عن غيره وقيل
هو اسم جمع للسري **قوله** فلابد من تحقيق المساواه ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر
من ماخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجايزة فان لكل واحد منهما ولاية
الامتناع بعد عقد الشركه فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة يشترط المساواة
فكذا في الانتهاء **قوله** وذلك ان تحقيق المساواه في المال والمراد به ما تصح الشركه فيه ولا يعتبر
التفاضل فيما لا يصح الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون على الناس
لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون **قوله** وكذلك بانفراده فاسد اي كل من الوكالة
والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشري او بشري الثوب كان فاسدا ولذلك
الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة
جايزة بما اذا قال لاخر وكلتك في مالي اصنع ما شيت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب
بان العموم ليس بمراد ههنا فانه لا يثبت الوكالة في حق شري الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما
توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز **قوله** والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس

موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعا فكذلك ههنا الا ترى ان شركة العنان تصح وان تضمنت
ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة قوله لانه المعتبر هو المعنى
دون اللفظ يوضحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة قوله لما قلنا
اشارة الى قوله ليتحقق التساوي اي في كونهما ذميين قوله ولا يجوز اي المفاوضة بين الحر وبين
المملوك ظاهر واعترض على قوله ولهما انه لا يتساوي في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي
والمجوسي مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها
والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي يواجر نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك يصح بين الحنفي
والشافعي مع وجود التفاوت ههنا قال ابو يوسف واجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد
لا محالة والتفاوت في الموقوذة ما لا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل ذلك
العمل على ان يقيم بنفسه او بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل
ذبيحته واما مسئلة الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية
عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالحاجة
فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف قوله ولا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما
لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليس من اهل الكتاب وكذلك المكاتبان قوله اذ هو العنان قد
يكون خاصا وقد يكون عاما يعني فقد يكون عاما في انواع من التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة
عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بمعنى العموم قوله
رحمه الله لانه تنعقد على الوكالة والكفالة اي وتنعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليتحقق
المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة
على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر واليه اشار بقوله ليتحقق المساواة فيما
هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قوله لان مقتضى العقد تعليل المستثنى منه
وهو يكون على الشركة قوله على ما بينا اشارة الى هذا التعليل قوله وللبايع اي ولبايع الطعام
والكسوة قوله فما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستيجار اما صورة الشراء والبيع فظاهرة
واما صورة الاستيجار فهي ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا في اجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللمؤجر
ان ياخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة
وكذلك ان استاجره لحاجة نفسه او استاجر ابلا الى مكة ليحج عليها فللمكاري ان ياخذ ايهما شاء الا
ان شريكه اذا ادى من خالص ماله رجع عليه لانه ادى ما كفل عليه بامره وان ادى من مال الشركة
رجع عليه بنصيبه من المودى واما في شركة العنان فلا يواخذ غير الذي استاجره لانه هو
الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى على رجل على احد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدر
واستحلف فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا
به الا ترى انه لو ثبت بالبينة او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة
للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على احدهما وحلفه
عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة تعقدت عقد المفاوضة
ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم

على شريكها ومن هذا ينبغي ان يفسر صورته بغيره قوله ولو كفل احدهما ظاهر قوله ولو
صدر يعني عقد الكفالة لانفاذ حكمها فما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء
بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا ثمة في الابتداء بانه هل يلزمه اولا فاعتبرنا جهة التبرع فيه
ولم يعتبرها هنا لان الابتداء ثمة يحتاج اليه ولا كذلك ههنا لصحة الابتداء لكون الضامن من
اهل الضمان دون الصبي قوله لم يصح من ذكره يريد به الصبي والمجنون الى آخره واما
الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله يعني ان فيه روايتين قال في المبسوط اذا اقرض احد المتفاوضين
يلزم شريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مفاوضة وعندهما لا يلزم صاحبه فانهما لا يلزم
لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة
في الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما ياخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله
كما في الاعارة الحقيقية قوله حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والعارية
جائز لكن لا يلزم المضي على ذلك التاجيل قوله ولو كانت الكفالة بغير امره متصل بقوله
اذا كانت الكفالة بامره قوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في
شروح الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث في شروح الجامع الصغير
من التفرقة بينهما واجاب عن اطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه محمول على المقيد وهو
الكفالة بالامر لانه حينئذ يكون مفاوضة انتهاء وان لا فهو تبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان
الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمان
الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزم ايضا وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول
انه لا يلزم الشريك ولما تحرر المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف
في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة بان محمدا مع ابي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك
الشريك فلا يكون للتخصيص بابي حنيفة ولا يقوله بمنزلة الكفالة وجه ابي يوسف ان ضمان الغصب
والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما ان الضمان
الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال يحتمل الشركة فانه يجب باصل السبب عند
ذلك المحل قابل للملك ولهذا يملك المغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار الماذون به
ويواخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والماذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان
تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء قوله وان ورث احدهما مالا بالتنو
اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما
ذكر في الكتاب قوله فان المساواة ليست بشرط فيه اي في العنان ابتداء وكل ما ليس بشرط فيه
ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان احد الشريكين
اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف رحمه الله
تامل عالم بالتحقيق يدرك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا
فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت احد العاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل لعدم
اللزوم من اثبات مدعاه وهو ان يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كلما هو عقد
غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء وبضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن
فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها
وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاضلة

لا يمنع ابتداء العقد الا بينه بقاء **فصل** لما كان البحث عما ينعقد به شركة المفاوضة غير البحث
عنها افصل عما قبله في فصل على حدة وقاله ولا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكر
فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيده بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان
المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح الا ان في ذكر الخلاف مالك
نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة الا ان يثبت عنه روايتان او يكون تفريعا
على قول من يقول بما صنع ابي حنيفة في المزارعة ثم **قوله** لانها عقدت يعني الشركة بالعروض
والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به **قوله** بخلاف المضاربة
يعني ان المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس يابى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن
لان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح ربح مال غير مضمون فلا يستحقه
رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يصح الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير واما في
الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل
واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فيصح قوله ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك
ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع احدهما راس ماله باضعاف قيمته وباع الاخر مثل
قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مال لم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف
الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما براس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب
الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن
والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله يتفاضل الثمنان اي فضل
احدهما على الاخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا فمحال **قوله** ولان اول التصرف في العروض البيع
اخر وقد قرره في النهاية على وجه يجره الى ربح ما لم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار
الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل
بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن واما الوكيل بالشراء فهو ضامن
للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن **قوله** قالوا هذا اي جواز
الشركة بالفلوس النافقة قول محمد وقيد باعتبار الظاهر ثمرة الاختلاف فانه لو باع فلسين
بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب اما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد
واما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز وعند محمد
لا يجوز وسيجي تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شا الله تعالى **قوله** والاول يعني
كون ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين
بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه
المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان
للفلوس حكم العروض والعروض لا يصلح راس مال الشركة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
يصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة **قوله** ولا يجوز ما سوى ذلك كلامه واضح
والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري **قوله** يصلح راس المال فيهما اي في الشركة
والمضاربة **قوله** وهذا لما عرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين ايهما
اي الذهب والفضة **قوله** الا ان الاول يعني رواية الجامع الصغير اصح وجعل ذلك
في المبسوط ظاهر الرواية **قوله** لانها اي لان مثاقيل الذهب والفضة **قوله**

الا

الا ان يجري التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب
والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها ثمنية فيجوز الشركة بها كذا قيل والاولى ان يجعل
استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق **قوله** ولا خلاف فيه
اي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطا ثم اشتركا ففيه
الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في
الربح فعند ابي يوسف لا يستحق زيادة الربح لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد
الربح بينهما على ما شرط ظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه اي المذكور من المكيل والموزون
والعددي المتقارب يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله وهو ظاهر وشرط جواز الشركة
ان لا يكون راس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد انها اي المكيل
والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من
وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين يعني الخلط وعدمه
فلشبههما بالبيع قلنا لا تجوز الشركة قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط
وهذا لان اضافة العقد اليها يضعف باعتبار الشبهين فيعتبر تقويتها على ما يقوى بها وهو الخلط
لان ما يخلط يثبت شركة الملك فيتاكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست
ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها
بالاتفاق فمحمد يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال
حتى من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل راس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول
الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من اتلفه ضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم
كان بمنزلة العروض فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في
كتاب القضا اي قضا الجامع الصغير واما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على
ان مراده كتاب القضا من هذا الكتاب لقال سنبينه والذي بينه ههنا في كتاب الوديعة
ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان
قال رحمه الله واذا اراد الشركة لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير
والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الخلق ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على
الناس فقال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقد الشركة
لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على
الاخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا قال المصنف رحمه الله وهذه
شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة واستشكله الشارحون بانه لو كان المراد
بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا يصلح راس مال الشركة اذا لم يبع احد
نصف عرضه بنصف عرض الاخر اما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله
ثم عقد الشركة شركة ملك حتى يصح **قوله** وهذه شركة لان غرض القدوري بيان الحيلة في تجويز
عقد الشركة بالعروض وقال الخروج معناه انها شركة وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لان
لكون راس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخي العلامة عبد العزيز
رحمه الله في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز
الشركة بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن كما بينا والثاني جهالة راس المال فاذا باع احد

نصف عرضه بنصف عرض الاخر ثم عقد الشركة قال القدوري واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة
وصاحب شرح الطحاوي والمزني من اصحاب الشافعي لان راس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما
بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا
لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقد الشركة عنان او مفاوضة يجوز لجواز الجهالة
لصيرورة العرض مشتركة بينهما فكذا هنا وقيل على قياس قول محمد يجوز كما في الكيل والموزون بعد
الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل
الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الايمة وصاحب الهداية
انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو اقرب الى الفقه لتفاحش الجهالة في راس المال والربح عند القسمة بخلاف
المكيل والموزون بعد الخلط لانه عند محمد لو والجهالة اصلا لانها من ذوات الامثال وبخلاف ما
اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين
بينهما فيكون ذلك راس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا
ما لا يجوز عليه ايراد العقد كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما
ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لا ما ذكره القدوري انه شركة عقد
ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا يصلح راس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري
ويستحب للمتوضي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب
نظاير كثيرة **قوله** يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عروض
احدهما اربعمائة مثلا وقيمة عروض الاخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه
بخمس عرض الاخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر راس مالهما **قال** رحمه الله
واما شركة العنان هذا عطف على قوله في اول كتاب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان
ماخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شيء عرض في هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل
انه ماخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان في احدى يديه ويتصرف بالاخرى
فكذلك الشريك ههنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر **قوله** كما بينا اشارة
الى قوله من قبل شرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما
يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال
ويتفاضلا في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما او شرطا التفاوت في الربح مع
التساوي في راس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على قدر راس مالهما جاز ويكون مال
الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل اكثر من راس
ماله جاز ايضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع اكثر
من راس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة
بينهما على قدر راس مالهما ابدا **قوله** وهو قول زفر والشافعي والاصح ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم الربح على ما شرطا العاقدان والوضيعة على قدر المال رواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي
طالب رضي الله عنه **قوله** من غير فضل يعني بلا تفاضل والتساوي **قوله** كما في المضاربة
اعترض عليه بانه اذا الحقهم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كانه قال اعمل في مالك وربحه لك
واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها ابطل العقد فيجوز ثم هذه
الشركة وان شرط عملهما واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه

تشبيها

تشبيها من وجه وما اشبه الشيء من وجه لا يلزم ان ياخذ حكمه من كل وجه **قوله** وبخلاف ما اذا شرطا
جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول
بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب انه شرط جميع الربح يخرج من الشركة والعنان
الى قرض او بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة
وهذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك
ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة
وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو
جائز مع ذلك بالاجماع يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يودي الى
ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل فيهما **قال** رحمه الله ويجوز
ان يعقدها كل واحد الخ يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله
دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اي في هذا العقد اذ اللفظ اي لفظ
العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة بتاويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة ده
قوله للوجه الذي ذكرناه يعني ما ذكره في اول هذا الفصل انه يودي الى ربح ما لم
يضمن ويجوز ان يشتركا ظاهر **قوله** فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف
انه ادى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن
ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه **قوله** فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقيد الوكالة
بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل
ببطلان ما يضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن تبعا واما الوكالة المفردة كمن وكل رجلا
بشراء ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل واما المضاربة فقد قال فخر الاسلام في شرح الزيادات
بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما
ذكره المصنف انها تتعين فيها بالقبض ولعل في المسألة روايتين **قوله** لانه ما رضي بشركة
صاحبه في ماله اي الشريك الذي لم يهلك ماله رضي بشركة صاحبه الذي هلك ماله الا
على تقدير ماله للشركة في ماله هذا **قوله** وايهما هلك هلك من مال صاحبه ظاهر **قوله**
ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فانه نظير في جواز بيع الكل فعند
محمد ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها
كما لو كان الهلاك بعد المالين جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته
لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلكت قبل الشراء بمال الاخر وانما بقي ما هو
الحكم الشرعي وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك **قوله** وقد بيناه اشارة
الى قوله معناه اذا ادى من مال نفسه الى اخره **قوله** اما اذا هلك احدهما ثم اشترى
الاخر واضح **قوله** لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته **قوله** لانه بالخلط
اي بالشركة في الاصل على ما بينا وبل الاشتراك **قوله** وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع
المال يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل اي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه
ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين راس المال وانما اعتبر التعيين الا ليكون لشركة
في الثمن مستندا الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما
هو عامل لرب المال فيستحق الربح عماله على عمله **قوله** وهذا اصل اشارة الى قوله

لان الربح فرع المال **قوله** حتى يتعين اتحاد الجنس يعني بنا على اصليهما ذلك فانه اذا كان راس مال
احدهما دراهم والاخر دنانير ينعقد الشركه بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي
وكذلك ان كان راس مال احدهما بيضا والاخر سودا ولا يجوز شركة التقبل الى قوله زفر
والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند
اليه هو الاصل اما انها مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال ولا من تحقيق
معنى الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان
يكون غيره مبنيا عليه وذلك حد الاصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة
يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه
بطريق الاصالة وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز ان يضاف
الحكم الى علة العلة كما جاز ان يضاف الى العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود
ثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثاني **قوله** ولان الدراهم
والدنانير لا يتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما
بطلت الشركة بهلاك المال قبل ان يشتريا به شيئا لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك بمنزلة
كون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالي بعد ذلك ببقائه اجيب
بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع
واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كما في العروض
واجيب بان علة فساد العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم
يضمن **قوله** وصار كالمضاربة يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح
مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك
بسبب العقد واذا بطل ذلك بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس
والتساوي في الربح ويصح شركة التقبل **قوله** ولا يجوز الشركة واضح **قوله** ونظيره
في المزارعة يعني انه اذا اشترط لاحدهما الان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة
ان يكون الخارج بينهما شايعا **قوله** ولكل واحد من المتعاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك
شركة مفاوضة او عنان ان يفعل وان لا يفعل يجوز له ان يبضع لانه معتاد في عقد
الشركة والمعتاد جاز العمل به ولانه له ان يستاجر على العمل لتحصيل الربح بالاجارة
وكل من جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يبضع لان الاستيجار تحصيل بعوض
والابضاع بدونه فكان الاستيجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه
معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لا تفاوت الشركة الا ترى انه ليس
على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح
فيمكن جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لانه دون الشركة فيتضمنها الشركة
هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه عقد المضاربة نوع شركة
لانه اعاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين
ان يشارك مع غيره بالاشركة فكذا لا يدفعه مضاربة والاولى جواز الدفع مضاربة
اصح وهو رواية الاصل لان الشركة يعني في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود
تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كما لو استاجر اجيرا للعمل فانه

يجوز

يجوز قولا واحدا فهذا اولى لانه تحصيل به ولا ضمان في ذمته كان المضارب اذا عمل ولم
يحصل الربح لا يجب على رب المال شي بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة لم يحصل شي
من الربح يكون المستاجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشي لا يستتبع مثله فان
قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له ان يكاتب عبده والعبد الماذون له جاز له ان
ياذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما لطلق في
الكسب واسبابه وهذا اسباب الكسب المطلقة لما لانه من المستتبعات وان يوكل من يتصرف
فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا اعلا لامر الحكم الثابت في ضمن شي
اخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي يثبت
وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره واجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم
كم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والشبهه وجه القياس في هذه المسله وجوابها وجه
الاستحسان **قوله** لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشرا لان المقبوض
على سوم الشرا قبض لاجل ان يدفع الثمن **قوله** والوثيقه احتراز عن الرهن لان المرهون
مقبوض لاجل الوثيقه **قوله** رحمه الله واما شركة الصنايع كلامه ظاهر **قوله** لا يفيد
مقصودهما اي مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لا يفيد مقصودها اضاف
المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بادنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد
الشركه **قوله** ولا يشترط فيه اي هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما
الله فانه لا ان اتفقت الاعمال كالقصارين اشتركا او صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار
اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته
فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه
التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان واختلافهما اما الاول فلان التوكيل
بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة
العمل بيده بل له ان يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك وكان
العقد صحيحا واما الثاني فلان احد الشريكين لو عمل في دكان والاخر في دكان اخر لا يتفاوت
الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المرتبة على اصل زفر والشافعي في
مسله الخلط وشركة التقبل لا يجوز فكيف يصح قوله زفر مع مالك بجوازها اذا كانت
الاعمال متفقه اجيب بان زفر رحمه الله له في هذه المسلة اعني الخلط قولان فذكر
المصنف في تلك المسله حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكر هنا حكم الرواية
التي لا يشترطه ولكنا طلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فمن الظاهر
تناقضنا **قوله** ولو شرطا العمل نصفين اي اذا شرطا في شركة التقبل ولم تكن
مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس
ان لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن
فلم يجز العقد لتادية اليه اي الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه فان
التفاوت فيهما في الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما على السواء واما اذا اشترطا التفا
في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه ايضا **قوله**
ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان ان ما ياخذ كل من الشريكين ما ياخذ ربح لان الربح

انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استاجر دارا بعشرة دراهم ثم اجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان راس المال عمل والربح مال فكان ما ياخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لانه لم يتاد الي ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال المنفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المنفق **قوله** وربح ما لم يضمن تعدي بره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز **قوله** وما يتقبله كل واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان من العمل يلزمه ويلزم شريكه ظاهر **قوله** ويبرا الدافع بالدفع اليه اي لصاحب الثوب مثلا لو اتخذا الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الاخر الثوب مصبوغا الي صاحبه بري من الضمان **قوله** وهذا اشارة الي لزوم العمل علي كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان اي معنى الكفالة يطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة من مقتضاها حيث شيء وانه لم يذكروا نما هي مقتضى المفاوضة فلا تثبت معها ما ليس من مقتضاها به ولا لتصريح بذكره ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الاخر ولهذا اي ولكون العمل مضمونا يستحق الاجر لان الغرم بازا الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة بهذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم تجر هذه العقد مجراها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن اشنان وصابون او اجر اجيرا واجره ثبت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار موجب المفاوضة **قال** رحمه الله واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه وهو ان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما اي بوجاهتهما واما نتهما عند الناس صحيحة عندنا على هذا اي على كونهما يشتريان بوجوههما سميت شركة الوجوه لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في تحقيق الابدال اي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه كما تقدم واذا اطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس ومجاري شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عند فرع المال فاذا لم يوجد المال لا تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الي العقد الي اخره **قوله** ولا يجوز ان يتفاضلا فيه اي في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما **قوله** وهذا اشارة الي الحكم المساواة في اشتراط الربح **قوله** بالنصف فيما تقاتي فانه يجوز ان يبلغ باقل من النصف ولا يستحق ما سواها فان قيل لم يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدايه

ومنابه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة اجيب بان اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ههنا وقوله الا ترى توضيح بقوله ولا يستحق ما سواها **قوله** واستحقاق الربح في شركة الوجوه عود الي البحث لاتمام المطلوب لصورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل **قوله** على ما بينا قيل هو اشارة الي ما ذكر في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الي قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الي اخره وتقرير كلامه استحقاق الربح عليه ربح ما لم يضمن ولا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال والعمل والوجوه اي شركة الوجوه ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد بعمل في ماله صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فليحق بها قيل فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهه بالمضاربة لصحة الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشتبه بالمضاربة فكان عدة تجويز ربح ما لم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم انه يودي الي ربح ما لم يضمن والجواب ان العنان بالعروض لو كان مؤديا الي ربح ما لم يضمن فقط لاعتقدناه لكن انضم الي ذلك جهالة راس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب يشير الى تخصيص العلة تماما انه يلزم مضايقة او يصار الي مخلصه العلوم في الاصول والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتاخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح **قوله** لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة هذا امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لكونه صادف غير محله ولايته وتقرير الثاني التوكيل باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملكه بدون امر الموكل بالشرا لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح ان يكون نائبا بامر الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون امر الموكل بلا عقد وصورة النقض ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشرا **قوله** وللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم محمد على ابي يوسف في الكتاب وكذا تقديم دليل ابي يوسف على دليل محمد في المبسوط دليل على انهم اختاروا قول محمد ووجه قول ابي يوسف انه رضي بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا وقد فسد العقد كان راضيا بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المال فكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضية ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتدا بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتها فلا يجاوز به نصفه لانه بغير رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة وهو وجه قول محمد انه يمكن تقديره اي تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا لا يدري اي نوع من الحطب يصيبانه واي قدر منه يجمعان ولا يدري يان ايضا هل

بجدان ما عقدا عليه عقد الشركة اولا بجدان فاذا كان كذلك لا يمكن الذي قال ان المعين رضي
بنصف المسمى من الحطب او غيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا ترى انه
لو اعانه علية فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فهنا اولى لانهما اصابا **قوله** واذا اشتركا
ولاحدهما بغل وللاخر راوية في الاصل بعير السقا لانه يروي الماء اي يحمله ثم
كثر حتى استعمل في المزادة والمزادة ههنا قال ابو عبيدة المزادة لا تكون الا من جلدين
بقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد **قوله** لان الربح فيه تابع للمال
فيتقدر بقدره فيه نظر لان الربح عند نا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه
تابعا للمال انما هو مذهب الشافعي كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع
للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فكان
العلة او المرتضع لاضافة الحكم اليها يضاف الشرط الى الربح عبارة عن الزيادة يقال
اخرجت الارض ربعا اي غلة لا ثمار زيادة **قوله** على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره
في باب احكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله
ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام الى اخره **قوله** لا نه اي
الموت عزل حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكما للتحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه
الى ثبوت العلم به الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته **قوله** واذا بطلت
الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة
تثبت في ضمن الشركة فاذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع
واجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة
اشار المصنف رحمه الله الى ذلك انفا بقوله ولا بد منها اي الوكالة لتتحقق الشركة واذا كانت شرطا
لا يتحقق بقاء المشروط بدونه **قوله** لانه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم **فصل**
لما كانت احكام هذا الفصل البعد عن مسايل الشركة من قبل انها ليست من مسايل التجارة اخرها في
فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى الشرح سوى ما نذكره **قوله** اما اذا اديا معا فضمن
كل واحد منهما نصيب صاحبه يعني عند ابي حنيفة خلافا لهما **قوله** لان الظاهر انه لا يلزم
الضرر يعني اذا بعض ما اداه على يد الوكيل الا لدفع الضرر اي نفا الواجب في ذمته **قوله** لانه عزل
حكمي اعترض عليه بانه يشكل بالوكيل بقضا الدين فان هناك اذا قضى الوكيل بنفسه ثم قضى
الوكيل فان علم باداء الموكل ضمن وان لم يعلم لم يضمن شيا فقد فرق ههنا بين العلم وعدمه مع انه
حصل العزل الحكمي هناك ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضا الدين مامور بان يجعل المودى
مضمونا على القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد ادا الموكل
فلم يكن قضاؤه اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما يوضح الفرق ان هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل
بجهله باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه
ان كان هالكا وههنا لم يوجب الضمان ادى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد
الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض
عليه ايضا بان زكاة كل واحد يسقط عنه بعد ادايه فيترتب عليه عزل وكيله وحالما
يودي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الادا واجيب
عنه بانه امره باداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الامر وعنه ما يودي الموكل عن

نفسه الزكاة الحالة حالة وان الزكاة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة انها حالة
استقرار الزكاة فكان اداؤها على غير الوجه الماذون فكان مخالفا لما امره لذلك
واما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالمامور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم
ان المامور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن
بالاتفاق لكن الفرق بينهما ان دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار
لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر
قبل فعل المامور فتحل فعري فعل المامور عن المقصود بخلاف اداء الزكاة فانه واجب فكان
اسقاط الواجب امرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود باداء الامر نفسه فعري فعل
المامور عن المقصود فيضمن **قوله** واذا اذن احد المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة
وتقريره دليلهما انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه
صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة **قوله** وهذا بيان لقوله انه
ادى دينا عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطيها والثمن مقابلة الملك فكان
الدين عليه خاصة ولابي حنيفة ان الجارية دخلت في الشركة على البتات وادى المشتري ثمنها
من مال الشركة لا يرجع عليه صاحبه بشي كما لو اشتراها قبل الاذن وادى ثمنها من مال الشركة
فانه لا يرجع عليه بشي وبين دخولها في الشركة بقوله جريا على مقتضى الشركة اي شركة المفاوضة
فان ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع
بقائها الا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر بقاء عدم الشركة
كيف كان يحل وطيها اجيب بانه كان يحل وطيها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشرا بغير
اذن **قوله** غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن
فانه كان مما يوهم ان يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطيها وبعد الاذن يحل
فازال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه
الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن ان يقال يحل الوطي بناء على انما اشترى جميعها لنفسه لما بينا انه
خالف مقتضى الشركة تريد به ما ذكرنا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة
في ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة في البائع
لان الجارية مما لا ينقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى
عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي
مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة وفيه نظر من وجهين احدهما ان
من قال اعتق عبدك عني ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله والعتق يقع عن المامور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه
والثاني ان الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكما للاذن بالوطي والملك لا يثبت في
الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره احللت لك وطي هذه الجارية لا يصير ملكا
للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول ان ذلك لا يصير هبة لانتفاء
القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشرا على الشركة وهو وكيل
ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني ان المصنف اشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت
الشي ضمنا ولا يثبت قصدا **قوله** وللبايع ان ياخذ بالثمن ايهما شا ظاهر والله اعلم

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة من حيث أن المقصود
بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفتها أنا
متعدي ولا متعدي ووقفت الدار على المساكين وقفا وأوقفتها لغة ردية وعرفه شمس الأئمة
السرخسي أنه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف
حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير منقول هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه
خروج الوقف أي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح
وما عرفه به أبو حنيفة رحمه الله يقتضي أن لا يصلح الوقف أصلا هو الملفوظ في الأصل
يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فإن لفظ المبسوط فأما أبو حنيفة فكان لا
يجيزون ذلك ثم قال بمراده ثم قال أنه لا يجعله لازما فأما أصله الجواز فثابت عنده كالعارية
تصرف المنفعة إلى الجهة الموقوف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ويجوز بيعه
ويورث عنه ولا يلزم إلا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه وإخراجه مخرج
الوصية بأن يقول أوصيت بغلة داري مخيمة يلزم وعندهما حبس العين على حكم ملك
الله فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد فيلزم لا يباع
ولا يورث **قوله** واللفظ أي لفظ الوقف ينتظمهما أي يتناول ما قاله أبو حنيفة وهو
حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله انتظاما واحدا
من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله لهما قول النبي صلى الله عليه
وسلم لعمر رضي الله عنه روى صخر بن جويرية عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه
كانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله إني استفدت
مالا وهو عندي نفيس فأتصدق به قال تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث
ولكن ينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف
والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يوكل
صديقا له غير متمول عنه وهذه الأرض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول
الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه وضع لعب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم وفتح
الغين المعجمة **قوله** إذ له نظير في الشرع وهو المسجد بيان أن لا استبعاد أن يخرج من ملك الواقف
ولا يدخل في ملك غيره فإن اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو إخراج لتلك البقعة عن ملكه
من غير أن يدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في
الوقف ولأبي حنيفة رحمه الله **قوله** عليه السلام لا حبس عن فرائض الله أي لا مال
يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الأثر على ما كان عليه
أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي ويقولون الشرع أبطل ذلك
كله ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث
إلا ما قام عليه دليل **قوله** جاء محمد ببيع الحبس يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة
من قبلنا وإن شريعتنا ناسخة لذلك **قوله** كالسائبة السائبة هي الناقة التي تسيب
للنذر وكان الرجل يقول إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه
أن الوقف بمنزلة التسييب أهل الجاهلية من حيث أن العين لا تخرج من أن تكون مملوكة
له منتفعة بها فإنه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه فكذلك إذا وقف أرضه أو داره

وبخلاف

وبخلاف الإعتاق جواب عما يقال لو كان إزالة الملك لا إلى مالك غير مشروع لما جاز العتق
فإنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لأحد **قوله** وبخلاف المسجد جواب عن
قياسهم الوقف على المسجد **قوله** قال في الكتاب يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف
إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ثم يريد
أن يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه **قوله**
والصحيح أنه لا يزول ملكه يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة فقيل يزول الملك
بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه والتعليق به يدل على أن مراده الخروج
من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لأن الوقف يتصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال الملك
ولأنه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها كذلك إلا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه إلا أنه
تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى
الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذي فوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق
المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم في اليمين
المضافة وسائر المجتهدات فالأصح أنه ينفذ لكن لا يفتى به **قوله** قال الطحاوي هو بمنزلة
الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب أبي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فإنه
لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز منه في مرضه
كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف الصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة
لأن المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الإرث كالعارية وعندهما يلزم
إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال **قوله** وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه
أي يثبت للتمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض **قوله** فينزل منزلة
الزكاة والصدقة يعني ينزل التمليك من الله في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد منزلة تمليك المال
من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم إلى الفقير **قال** رحمه الله وإذا
صح الوقف على اختلافهم أي إذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من أنه يصح عندهما لا يصح عند
أبي حنيفة على ما هو الملفوظ في الأصل والأصح الصحة عند الكل خرج عند عن ملك الواقف يعني في
قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملكه جاز له إخراجه عن ملكه
كسائر أملاكه ولما انتقل إلى من بعده ممن شرط الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق **قوله** يجب
أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره اعتراض عليه بأنه ذكر قبل هذا لا يزول ملك
الواقف إلا أن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء إنما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن
الوقف عنده يعرف بحبس العين على ملك الواقف المتصدق بالمنفعة وذلك يمتنع عن الخروج
لا محالة وعن الثاني بالخروج الملك إلى الله تعالى ثم أن صاحبه يتصرف فيه بالأكل والإطعام
والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الوقف كذلك بخلاف العبد
فإنه يصير محررا كما لما فيه فلا يعمل فيه تصرف غيره وأما المسجد فالأصل الكعبة والمسجد الحرام
وفيه سواء العاكف فيه والبادي فعلمنا أن الله لم يولا التخصيص إلى الذي جعله مسجدا وإنما
ألحقه بالمسجد الحرام والكعبة **قوله** لأن القسمة من تمام القبض بيانه أن القبض
للحيازة والحيازة فيما ينقسم من تمام القبض وإنما الخلاف بينهما في القبض شرط أولا فعند أبي
يوسف ليس بشرط فعند محمد أيضا يجوزه ويجيزه بالهبة والصدقة المنفذة أي الصدقة

الخاصة المسلمة الي الفقير **قوله** الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله وقف المشاع
جائز عند ابي يوسف فانه لا يتم الا مع الشيوع فيما يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح
لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل
القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فان بقا الشركة يمنع الخلوص علي ما سيجي واما
بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فبقي الي ان يكون بطريق المهايات
والمهاياة فيهما في غاية القبح الي اخر ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر **قال** رحمه الله ولا
يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل
اخره بجهة لا تنقطع مثل ان يقول علي كذا وكذا ثم علي فقرا المسلمين حيث ما وجد وامثلا وقال
ابو يوسف اذا سمي جهة تنقطع مثل انه يقف علي ولده او علي امهات اولاده جاز وصار
بعدها للفقرا وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الي
مالك وكلما كان زوال الملك بدون التمليك فانه تتأبد كالعتق فموجب الوقف تتأبد واذا
كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه اي علي الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت
مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف تناقض علي قول ابي حنيفة
لانه ذكر في اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين علي ملك الواقف فكان موجبه
عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هاهنا موجبه زوال الملك واجيب بان هذا قول
محمد ورواية عن ابي حنيفة والمذكور في اول الكتاب هو قول ابي حنيفة في رواية اخرى
فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل اراد هاهنا اما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه
فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا اوفق واقول هذا ليس بمناسب لما
تقدم من قول المصنف يجب ان يكون قولهما علي الوجه الذي تقرر ولابي يوسف ان المقصود
من الوقف هو التقرب الي الله تعالي وهو موفر عليه فيما اذا جعل علي جهة ينقطع والاخرى
الجهة تتأبد فيصح في الوجهين وعلي هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الي ملكه ان كان
حيا والي ملك ورثته ان كان ميتا ولقائل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن ابي
يوسف لانه قال وصار بعدها للفقرا وان لم يسمهم وذلك يدل علي ان التأبيد شرط والجواب
ان المروي عن ابي يوسف امران احدهما انه لا يشترط التأبيد اصلا والثاني انه يشترطه
لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف اشار الي القول الاول بالتعليل والي الثاني بذكر
المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الي اخره وفي كلامه
تعقيد لا محالة **قوله** وهذا علي الارسال اي ما ذكره القدوري من قوله ولا يجوز وقف
ما ينقل ويحول علي الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غيره تعاملوا فيه او لا قول ابي حنيفة
رحمه الله والاكره جمع اكار وهو الزراع كانه جمع اكر تقديرا **قوله** والبنا في الوقف اي
في وقف الارض التي عليها ذلك البنا كوقف الخانات والرباطات **قوله** لانه لما جاز افراد
بعض المنقول بعني من غير ان يجعل تبعا للشي كما في المتعارف مثل الفاس والقدوم والمراجل عنده
اي عند محمد فلان يجوز الوقف اي وقف المنقول تبعا اولي والمراد بالكراع هاهنا هو
الخيل بمناسبة ذكر السلاح **قوله** لما بينا من قبل يعني ما مر ان من شرطه التأبيد والتأبيد
لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس **قوله** الحاقا لها بالمصاحف يعني ان وقف
المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوي قاضي خان اختلف المشايخ في وقف الكتب جوزه ابو

الليث وعليه الفتوى **قوله** كل ما يمكن الانتفاع به مع بقا اصله احترز عن الدراهم والدنانير
فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بهما بقا اصله احترازا
عن الدراهم والدنانير **قوله** ويجوز بيعه احترز عن حمل الناقة والجارية فانه لا يجوز بيعه
فكذا وقفه عنده ايضا وقلنا ان الوقف في المنقول لا يتأبد وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز
وقفه لان التأبيد لا بد منه علي ما بيناه فصار المنقولات كالدراهم والدنانير **قوله** بخلاف
العقار جواب عن اعتباره بالعقار **قوله** ولا يعارض من حيث السمع جواب عن قوله
فاشبه الكراع والسلاح ووجهه ان الاصل ان لا يجوز وقف الكراع والسلاح ايضا كالدراهم
الا انا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع **قوله** ولا من حيث التعامل جواب عما يقال ترك الاصل
في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المرجل والقدوم وغيرهما فلنكن
صورة النزاع مقيسة علي ذلك ووجهه ان لها معارضا من حيث التعامل وليس بموجود في صورة
النزاع كالعبيد والاما والثياب والبسط وامثالها فبقي علي اصل القياس **قوله** وهذا
استظهار علي ان الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما ليس بهما ليس
في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا علي شهرة كون التعامل اقوى من القياس فجاز ان يترك
به **قال** رحمه الله واذا صح الوقف لم يجز بيعه وهو منقطع او متصل لان معنى التنا
في قسمة العقار راجح فجعل كانه بيع استا اما امتناع التمليك فلما بينا يعني ما روي من قوله
صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها لا تباع ولا توهب وما ذكر من المعنى بقوله ولان الحاجة
ماسة الي اخره **قوله** واما جواز القسمة ظاهر **قوله** فهو الذي يقاسم اي الواقف
هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي **قوله** خالص صفة عقارا اي لو كان له عقار مائة ذراع
وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب ان يكون المقاسم هاهنا غير
الواقف لئلا يلزم ان يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا فان مقاسم النصف الذي هو الوقف
مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه
المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا وهو لا يجوز فيرفع امره الي القاضي ليقاسمه
او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة
فضل دراهم بان احد النصيبين اجود فدعت الضرورة الي ادخال الدراهم في القسمة او
تراضيا علي ذلك فان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا الضرورة او بالتراضي علي ما سيأتي
في كتاب القسمة ان شاء الله فلا يخلو اما ان يكون الواقف يأخذ الدراهم او يعطيها فان كان
الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني
جاز لانه حينئذ يشتري شيئا بمقابلة الدراهم ونفقته وهو جائز **قوله** لان الخراج بالضمان
هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولاحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل موضع
بمقابلة منفعة ومعناه جمع جوامع ان علة الوقف لما كانت للموقوف كانت العمارة ايضا
عليهم ثم ان كان الوقف علي الفقرا لا يظفر بهم اي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعينهم وعشيرتهم
واقرب اموالهم الي المتولي هذه الغلة فيجب فيها **قوله** ولو كان الوقف علي رجل بعينه
قوله ولا يؤخذ من الغلة يعني حتما لانه قال فهو في ماله اي ماله شا وهذه الغلة ايضا من
ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه **قوله** ولو كان الوقف علي الفقرا يعني لا علي رجل بعينه
فكذلك عند البعض اي لا يصرف غلة الوقف الي زيادة عمارة لم يكن في ابتدا الوقف بل

بل يصرف الى الفقرا وعند اخرين يجوز ذلك والاول هو ان يكون البنا الثاني مثل الاول لا زايد عليه
اصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح **قوله** وان وقف دارا على سكنى ولده ظاهر **قوله** والاولى
اولى يريد به اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة
واستفيد ذلك بقوله لانه لو يعمرها يفوت السكنى اصلا **قوله** في حيز التردد بيانه ان
الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال ولحاجته
اصلاح القاضي وعمارته ثم رده اليه **قوله** ولا يصح اجارة من له السكنى اضافة المصدر
الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس
بمالك ولو تفرز بالمستاجر فان له ان يوجر الدار و ليس بمالكها ولحب فانه مالك المنفعة ولهذا
اقيمت العين في ابتدا العين لعقد مقام النفقه ليلا يلزم تمليك المنفعة المعد ومة ومن له السكنى
ابيحت له المنفعة ولهذا لم يقم العين في ابتدا مقام المنفعة الى الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك
بعوض تمليك جواز من غيره **قال** رحمه الله وما انهدم من بنا الوقف والته قال صاحب
النهاية رحمه الله **قوله** والته يحتمل ان يكون مجرورا بالعطف على البنا يعني ما انهدم من الة
الوقف بان بلي جذب الوقف وفسد ويحتمل ان يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصلة وهو
المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الاله والنقض بضم النون البنا المنقوض وفي الصحاح
ذكره بكسر النون لا غير **قوله** ولا يجوز على قياس محمد بنا على ان التسليم الى المتولي عنده شرط
ولم يوجد قال الصدر الشهيد الفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف **قوله** فقد قيل
يجوز بالاتفاق فهو رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان وهذا ظاهر على على اصل ابي
يوسف فانه لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه في حال حياته جاز فلامهات اولى وانما الاشكال على قول
محمد فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات اولاده في حياته بمنزلة الاشتراط
لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانه يعتقن بموته
فاشتراطه لهن كاشتراطه لساير الاجانب فيجوز ذلك في حياته ايضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل
هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حياته اي اشتراط الغلة نفسه انتها الامهات
اولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا للمدبرين على الامهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشترا
نفسه صرف الغلة الى نفسه انتهى بواسطة صرف الغلة الى اولاده ومدبريه وجه قول محمد
ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه اي بطريق التقرب الى الله فاشتراطه الكل
او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المتفذة فانه لا يجوز ان
يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه
فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذه ومعناه ان جعل بعض المسجد لنفسه
كان ما نعا عن الجواز في الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه **قوله** ولابي يوسف ما روي
عن ابي يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يا كل من صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام
في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته
قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكره عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره
لجهة لا ينقطع ابدا بقوله لما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك **قوله** ولابي يوسف
ان التمليك المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه
القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى جاز ذلك عند ابي يوسف كما هو مذهبه في

التوسع في الوقف وعند محمد الوقف جايز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يوثر في المنع من زواله
والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التابيد في اصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى
الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به او شرط ان
يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاد المسجد صحيح فهذا مثله ولو شرط الواقف الخيار
لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والخيار عند ابي يوسف بنا على توسعة جامر وعند محمد الو
على قول ابي يوسف ايضا **قوله** وهذا اي الخلاف بنا على ما ذكرناه اشارة الى ان جعل غلة الوقف
لنفسه ما دام حيا فلذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام ليروي النظر فيه وعند محمد
لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جايزا بابطال الخيار بعد ذلك لان
الوقف لا يجوز الا مويدا وشرط الخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد فكا
توبا **قوله** واما فصل الولاية فقد نص فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على
قول ابي يوسف بقوله واذا جعل الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية بطا
لا يستقيم على قول ابي يوسف لان له الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي فلهذا
اوله بعض مشايخنا وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول محمد في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى
القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا اشترط في ابتدا الوقف فليس له
ولاية بعد التسليم قال قاضي خان وهذه المسلة بنا على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط لصحة
الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم الا ان يشترط الولاية لنفسه اما على قول ابي يوسف فالتسليم
الى المتولي ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه **قوله** ولنا ان المتولي
انما يستفيد الولاية من جهته استدلالا لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه
الباقي ظاهر لا يحتاج الى الشرح **فصل** فصل احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة لمخالفة احكا
لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند ابي يوسف وخروجه عن
ملك الواقف عند ابي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق ابو حنيفة بين الوقف والمسجد فان
الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا موصى مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع
فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث منه لان الوقف اجتمع فيه معنيا
الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكانه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة
ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى
به او اضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس
فيه ما يوجب البقا على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو ازال بالاعتاق
وكلامه واضح **قوله** وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة هو رواية عن ابي حنيفة ايضا
ويشترط مع ذلك ان تكون الصلاة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا
لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار
مسجدا بالاتفاق لان صلاته على هذا الوجه كالجماعة **قوله** وقد بيناه من قبل اشارة الى
ما قال عنه **قوله** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد بقوله لما ان موجب الوقف زوال
الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق والسرداب بكسر السين معروب من سردابه وهو بيت
يتخذ تحت الارض للتبريد **قوله** فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية
لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال الله تعالى وان المساجد لله اضاف المساجد الى ذاته مع ان

الى من له ط ر عند ابي يوسف وهو
قول هلال ايضا ومحفوظا من المذهب
وذكر هلال في وقفه وقال الا فو ام
ان شرط الواقف الولاية صح صح

لم رضي

جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله ومع بقاء حق العباد في اسفله او في اعلاه لا يتحقق
الخلوص **وقوله** وعن ابي يوسف انه جوزه في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب وفوقه
بيت وعن محمد انه اجاز ذلك كله اي ما تحته سرداب وفوقه بيت او مستغل او دكاكين وانما
ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن ابي يوسف ومحمد مع ان هذين القولين منهما في الحكم
سواء لبيان سبب ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص لانه ذكر بزيادة
التعميم بلفظ الكل في قول محمد **وقوله** لما قلنا يعني من الضرورة **قال** رحمه الله وكذلك
ان اتخذ وسط داره مسجدا وسط بالسكون لانه اسم مبهم الداخل صحن الدار لا لشيء معين
بين طرفي الصحن وكلامه واضح **قوله** ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل
بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا **وقوله** ولو خرب ما حوله المسجد واستغني عنه على بناء
المفعول يبقى مسجدا عند ابي يوسف الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الثاني قال في النهاية
وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بينا فان ابا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة
فيه ليصير مسجدا فكذا في الانتهاء وان ترك الصلاة فيه لا يجوز من ان يكون مسجدا ومحمد يشترط
في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه
بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف
اريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الثاني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف
باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال بعوده ملكا فربما جعله المالك اصطبلا بعد ان
كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه استشهد ابو يوسف رحمه الله
بانه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود في ملكه واستظهر بالكعبة قال في زمان الفترة قد
كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لا يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة
خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الحرم من ملكه مصروفا الى قربة
بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغني
عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد اخر **وقوله** ومن بنى سقاية
او خانا ظاهر **وقوله** بخلاف المسجد يعني ان حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط
في المسجد **وقوله** وذلك بما ذكرناه اي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن
في السقاية والخان والرباط والمقبرة **وقوله** في هذه الوجوه اي في السقاية والخان والرباط
والمقبرة **وقوله** يكتفي بالواحد ظاهر **وقوله** سكنى حاج بيت الله اسم جمع بمعنى الحجاج
كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان
ويقال رابط الجيش اقام في الثغر بازاء العدو ومرابطة ورباطا والله اعلم بالصواب

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع
بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع قيد
فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع
الشيء اذا شراه او اشتراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولاشتماله على الانواع الاتي ذكرها جمعوه
وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث
والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكر احد

وحرم الربوا

من

من للكتابين وغيرهم وبالمعنى المعقول هو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدر متعاطيها يدل
على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول او ما دل على ذلك وشرطه من جهة
العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة
الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري قبل القبض بالبيع
فانه يمتنع مع كونه ملكا له لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء
ووجوب الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمان وانواعه
باعتبار المبيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقد
ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وبيع الثمن بلا التفات
الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها **قال** البيع ينعقد بالايجاب
والقبول الانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالاخر شرعا على وجه يظهر اثره في
المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للاخر خيار القبول
فاذا قبل سمي كلامه قبولا وحينئذ لا يخفى وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتاخر
قبولا وشرط ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمو
اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع معرف بالشرع
اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة اما كونه شرعيا
فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو معرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية
لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا تقرير
كلام الشيخ ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لانتم الدليل
وهو ظاهر **قال** رحمه الله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل والمستعمل المستقبل وانما لا ينعقد
بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقيق وجوده فكان
الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من
جانب المشتري كان مساومة قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون نية الايجاب
في الحال واما اذا كان المراد كذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي
ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال
وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين
او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ الاستقبال ذلك فلا خفاء في عدم
انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة
المضارع فيجوز ان يقال انه لم يقل بجوازه وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات
الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد
به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة
لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون
الاثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال حقيقة في الحال في غير البيوع
والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها يحتاج الى نية **قوله** بخلاف النكاح
يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الاخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك

مجازا

في البيع

باعتبار

حقيقة لان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز

المضارع

وهو ما قال ان هذا لو كيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح **قوله** رضيت واعطيتك هذا البيان
ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به اذا قال بعت منك هذا بكذا
فقال رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي البيع بذلك
الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت منك هذا بكذا فقال خذه يعني بعته بذلك فخذه
لانه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت
واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيده بذلك
لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المعاوضة اذا لم يبين
جميع ما يقتضيه ولهذا اي لكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في
الخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي **قوله** هو الصحيح احتراز عما قال البيع ينعقد
بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم ان محمدا رحمه الله اشار في الجامع الصغير الى
ان تسليم المبيع يكفي في تحققه **قال** رحمه الله واذا اوجب اذا قال البائع مثلا بعت
هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول
وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي
فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول
الآخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما
غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري
بايجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب ان الايجاب
اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري لا نسلم ثبوته
بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة الى الساعي
قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة
الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه **قوله** وانما يمتد الى آخر المجلس
يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم يبطل الايجاب
عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل
انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس
يسر بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة
واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب
انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس
فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي
فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف فاذهب فاخبره بذلك
فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة
اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك
الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه **قال** رحمه الله وليس له ان يقبل في بعض
المبيع يعني اذا اوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا واراد المشتري قبول العقد في احدهما
لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه

لان

لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الرديء في البياعات وينقصون عن ثمن
الجيد لترويج الرديء به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك
الرديء فزال الجيد عن البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع لا محالة وهذا التعليل في الصورة المو
ضوعة صحيح واما اذا وضعت المسألة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح
والصحيح فيه ان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة قيل فان رضي البائع في المجلس او لا اجيب بان
القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف ايجاب لا قبولا ورضي
البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصو
المذكورة في القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن انما يقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلو
فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البائع لانه يلزم البيع
بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع
واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى والصفقة ضرب اليد على اليد
في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء
وباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة
وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد
المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والآخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا
واتحاد الجميع سوى البائع كان قالا بعنا هذا منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع
سوى المشتري كان قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة
وتفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب
التفرق على قول ابي حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه **قال** رحمه الله وايهما قام عن المجلس قبل
القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان الرد
تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع
صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح
فترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب
والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية وفيه خلاف للشافعي فانه
اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضا صاحبه
ما لم يتفرقا بالابدان واستدل لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق
عرض متقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر وهو لا يجوز والجواب عن الحديث
انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قو
وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مرادا ويحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والآخر محتمل
للارادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلاميهما لان الباقي بعد كلاميهما
حكم كلاميهما شرعا لا حقيقة كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي رحمه الله
قوله والتفرق تفرق الاقوال جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق
على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا
فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان شائع ذائع فصار

فسوّى الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الاية وقال لا نفرق بين
احد من رسله والتفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهو ايضا في
الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه ايضا كذلك
على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب ابي حنيفة فان الحقيقة المستعملة
اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقول حمله على التفرق بالابدان ردا الى الجهالة اذ ليس له وقت
معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده وهذا معنى
قول محمد ومالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف وبقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك
اللفظي ويترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من ان حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا
التأويل اعني حمل التفرق على الاقوال بما ذكرنا من ان حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل اعني
حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن **قال** رحمه الله والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى
معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف لما في الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة
من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا يفضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى
منه في التعريف وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سياتي وهذا انما يستقيم اذا لم يكن الاعواض
ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار يمنع الصحة لاحتمال الربوا وانما لم تقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق
بالربوا وهذا الباب ليس لبيانه **قال** رحمه الله والاثمان المطلقة لا يصح الا ان يكون معروفة
القدر والصفة الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان يكون معروفة القدر كعشرة ونحوها
والصفة ككونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمنع حصوله
بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم
والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع **قال** رحمه الله ويجوز بثمن حال قال الكرخي المبيع ما لا
يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو
ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض
بالمسلم فيه فانه ثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابدا وقوله ابدا
احتراز عن المستأجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقي اصحابنا في الاجارة
والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات
الامثال لا الثياب الموصوفة ثبتت في الذمة الى اجل لا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل
لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالمسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم
والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا
الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة
وان قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة واثمان لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى
بان يجعل مبيعا من الاخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت اعني المكيلات والموزونات
غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة ووصفها كانت ثمنا
وان دخلت في غيرها كان قال اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الا سلما بشروطه هذا
محصل كلامهم في هذا الموضع واقول الاعيان ثلاثة نقود اعني الدراهم والدنانير وسلع
كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على البيع المحض وما عدا ذلك متردد بين كونه

مبيعا

مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه **قال** رحمه الله ومؤجل البيع بالثمن الحال والمؤجل
جائز لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وروي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما
الى اجل ورهنه درعه لكن لا بد من ان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد
وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها ومن
اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال
اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في
البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدهما واعلم اني اذكر لك
في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسالة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب حلا له
فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي **قوله** رحمه الله واذا كان في البلد نقود
مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون
المالية او لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع
وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من
التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع
فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم واذا عرفت هذا فقوله
فان كانت النقود مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في
المالية من المغربي فالفرض استواؤهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع
اشارة الى القسم الثاني الى ان يرتفع الجهالة ببيان احدهما فحينئذ يجوز **قوله** او يكون احدهما
اغلب واروج فحينئذ يصرف البيع اليه تحريا في الجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث
لان كون احدهما اروج اعم من ان يكون مع اختلاف في المالية او مع استوائها والبيع جائز فيهما
قوله وهذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة
الى القسم الثاني اعادة للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي
وهو ما يكون الثلاثة منه والنصرتي اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري ببخارى والاختلاف
بين العدالى بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدراهم عدليا وكل هذا يختلف في المالية مع
التساوي في الرواج **قوله** وان كانت سواء فيها اي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج
اشارة الى القسم الرابع وجوابه شرط **قوله** جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتأخرون
من المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر فيه من المقدار كعشرة ونحوه من اي نوع كان من غير تقييد
بنوع معين لا منازعة لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالية وظهر من هذا التقييد كلام الشيخ
فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله
فان كان سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي الى قوله
جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائي الى اخره متعلقا بقوله فان كانت سواء لما كان
اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن ان يكونا في الرواج
سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع **قال** رحمه الله ويجوز بيع الطعام والحبوب
مكايلة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسياتي في الوكالة والمراد
بالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء
كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت البيع الكيل فكذلك

والذكان مما يدخل تحته لايجوز الا مثلا بجنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم لا يقال الدلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس
بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة
غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة
لما فيه من الضمان من احتمال الربا **قال** رحمه الله ويجوز بانا بعينه اذا باع الطعام او الحبوب
بانا بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره مما جاز لان الجهالة المانعة ما يفضي الى المنازعة
وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك كل منهما اي الاناء والحجر
قبل التسليم قيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة
ايام يأخذ ايهم شاء ويرد الباقين واشترى باي ثمن فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل
وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا
لا نزاع فيه ولم يقل ان كل ما هو باطل لابد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا
لمعنى اخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى وتقدم الثمن في الثانية
وروي عن ابي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما
اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز بانا مجهول القدر
وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة
وعن ابي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات
والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه وهو ما يشار اليه
ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الغرض عدم
المجازفة والمحال انه لم يكن معلوما ولم يسم شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل لان العيار
المعين يتباعد عن المجازفة واظهر يعني من حيث الرواية **قال** رحمه الله ومن باع صبرة
طعام اذا قال البايع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس
بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس او لا فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها
من القفزان وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة وجملة القفزان كالاول عندهما
لابي حنيفة عندهما ان صرف الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة
لان البايع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل
يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان
ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما
اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول وشرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب
العقد قوي يمنع من الانقلاب وتقييده بالمجلس وما ذكرتم بالفساد فيه ليس في صلب
العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور اثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل
ولما ان هذه جهالة ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما ان ازالتها بايديهما
فلانه يتمكن كل منهما وقيد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها
اما بيد البايع ان كان هو الراقم او بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري
لا يقدر على ازالته واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على ان
المشتري بالخيار ولابي حنيفة ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه

استحسانا

استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة
النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه ابو حنيفة فيما نحن فيه
قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق
الصفقة عليه دون البايع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع
عن جملة القفزان فكان راضيا به وهذا يصح اذا علمها ولم يسم واما اذا لم يعلم بها فالوجه
انه نزل منزلة ما لم يره فلا يأتي فله الخيار وفيه بحث اما اولا فلان تفريق الصفقة
لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف ثم اشترى
احدهما نصيبه قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له
فههنا تفريق الصفقة ولم يوجد الخيار واما ثانيا فان قياس قول ابي حنيفة رحمه الله ان لا
يخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشترى قفيزا مدبرا فانه لا خيار له
في الفسخ لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار يوجب التفريق انما يتحقق ان لو كان
العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة والجواب
عن الاول انا لا نسلم تفريق صفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا
وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع
قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان
المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه
والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وانما يلزم
على قول ابي حنيفة تفريق الصفقة لان الصفقة موضوعة للكثرة وقصدهما ايضا
الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس صح والصرف
الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف العقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصد
العاقدان وليس بتفريق الصفقة الا ذلك بقي ان يقال فكان الواجب انه يثبت الخيار للعاقدين
جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جميع قفزانها
يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه
او ظنه ان الصبرة تاتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزوائد
مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البايع او نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان اخر
وهل يوافق او لا كما اذا راه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا
باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى
الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجودة وفي ذلك جهالة تفضي الى
المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يسم جملة
الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو
عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم صحيح اما الاولى فظاهر واما الثانية فلان المعقود
عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما
سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت
كالخشب والاواني واما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا **قال** رحمه الله ومن ابتاع
صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخلو اعند الكيل من ان يكون مثل ذلك

او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثاني تخير المشتري بين اخذ الموجود بحصته
وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجبة لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالزايد للبايع
لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة كما لو وقع على مقدار معين لا بيتا ولا غيره الا اذا كان
وصفا والقدر اي القدر الزايد على المقدار المعين ليس بوصف فلا بيع لا بيتا ولا فكان البايع لا
يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل واحد من العاقدين مخيرا فيها ان
شا باشراها وان او تركها واذا كان المشتري مذروعا كما اذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة
دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى
وبين تركه لان الذراع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شي من الثمن فالذرع
في الثوب لا يقابله شي من الثمن فقد بينه بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من
الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شي من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى
جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شي فلهذا اي فلكون الذرع وصفا لا يقابله
شي من الثمن ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الاصل الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن
فلهذا ياخذ بحصته **قوله** الا انه مخير استثنا من قوله ياخذ بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر
من الذرع الذي سماه كان الزايد للمشتري ولا خيار للبايع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شي فصار كما اذا باع
عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم ان هذه المسئلة من اشكل مسايل الفقه وقد منع ان يكون
الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير
مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شي طويل وعريض يقال ايضا شي قليل وكثير ثم عشرة اقفزة
اكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزايد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف
على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف وقد اختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب
بالتشقيص فالزيادة والنقصان وصف فيه وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل
وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس
كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينتقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب
من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة اقفزة اذا انتقص منها قفيز
فالتسعة تشترى بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا اشتريت هذه الصبرة بعشرة
دراهم على انها عشرة اقفزة واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فالباقي لا يشترى
بالثمن الذي كان يشترى معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزايدة
على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا فاذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث
من حيث الكيل والوزن اصل ومن حيث الذراع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين
التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن فان المبيع المعيب
اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا واعتقه او مات ثم اطلع على نقصان
اصبع يرجع على بايعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور اجيب
بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة
كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البايع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري
او لحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو
قال بعينهما يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم يكن هو

المسئلة

المسئلة والاولى انه يقال بعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم
فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار
اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شي
من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع
الثمن لم يكن المشتري آخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة
على ياتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون اصلا
بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة اذرع ومقابلة
الجملة بالجملة يقتضي انقسام الاحاد على الاحاد واجيب بان الذراع اصل من وجه من حيث انه
من اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شي من الثمن كالجمال
والكتابة ثم لو جعلنا عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك كل ذراع لزم ترجيح جهة الوصفية
من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكر كل وعملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله لا يقابله
شي من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان
كون كل ذراع مبيعا ضمنيا ولا يعتبر به لكنه لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان مقصودا
بالتناول وان وجدت زايدة اخذه المشتري بجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ
فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى
خيار الروية في دفع الضرر فيتخير واما اللزوم فلما بينا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذ
بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة
ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد واردا على اثواب عشرة وقد وجد
احد عشر او تسعة على ما ياتي واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول
الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا
بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب
تختلف فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد
ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزايد لو لم يدخل كان بايعا لبعض الثوب وفسد البيع
فحكمنا بالدخول تحريا في الجواز والقفيز الزايد ليس كذلك **قال** رحمه الله ومن اشترى
عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فاسد
عند ابي حنيفة وعندهما جايز اذا كانت الدار مائة ذراع وشرا عشرة من مائة سهم جايز
بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع من دار كعشرة اسهم من مائة سهم لكونهما
عشرا فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة ان الذراع حقيقة في الالة التي يذرع بها
وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون
الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا
فلا يستعمل فيه الذراع لعدم تجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذا لم يعلم
ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر
عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون في الشايع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم
يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب
القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما

اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار عشرة
ذكر دهما عن جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند
جهالة جملة الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز وجعل هذه المسألة نظير ما لو باع شاة من القطيع
بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده رحمه الله ومن اشترى عدلا على
انه عشرة اثواب عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة
اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل
تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة واما اذا انقص
فلوجوب سقوط حصة الناقص منه عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري كان جيدا او وسطا
او رديا وحينئذ لا يدري قيمته ليتعين حصته بسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن ولا شك في
فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله
الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة
لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة في فصل النقصان ايضا
لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبوله البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود
بنفس العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في
القن خلافا لهما كذلك هذا واستدل له بما ذكر محمد في الجامع رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل
ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والاخر مروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز في الهروي وجه الاستدلال ان الغائب في مسألة الجامع الصغير لا اصل كما اذا كان فوات
الصفقة في احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه فوات احدهما من الاصل اولى ان يفسده قال الشيخ
وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر الباقي وفرق بين هذه المسألة ومسألة الجامع بقوله لانه
جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فقط
قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا
قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده في الموجود فقط
ولكن غلط في العدد وهروي بفتح الراء ومروي بسكون الراء منسوب الى هراة ومرو قريتان
بخراسان رحمه الله ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع
بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان
شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد اخذ في الاول بعشرة
ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف
الذراع بنصف الدرهم فيجري عليه من التجزية وفي بعض النسخ تجري عليه اي على النصف حكم المقابلة
ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف انه لو افراد البدل لصار كل ذراع كثوب على حدة
والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم
ولابي حنيفة قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط
والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما وزال الموجب لكونه اصلا فعاد
الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فيسلم له
مجانا وقيل بهذه الاقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل
والاقبية اما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه

ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه
ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع منها قفيزا
مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احديهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع فادخل في المبيع
وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ويعني
بالقرار الحال الثاني على معنى انه ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار
وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بنا الدار في بيعها وان لم
يسمه لان اسم الدار يتناوله لغة والبنا في العرف لا يقال لا نسلم تناوله البنا في العرف فانه
لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة
لها وهي اذا لم يكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبنا ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد
به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البنا متصل به اي بالارض على تاويل المكان
اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة
او مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسم للاتصال فاشبه البنا ولا يدخل الزرع في بيع الارض
الا بالتسمية لانها متصلة به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل
بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس في
وسعه فصل الحمل عن الام **قال** رحمه الله ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثمرة
فثمرته للبايع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمره **لقوله** صلى الله عليه وسلم من
اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة ان ما وضع للقرار
يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليها ارض فيها نخل عليه ثمر فقال صلى الله عليه
وسلم الثمرة للبايع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الاتصال وان كان خلقة
فيه اشارة الى الاعتبار لثاني الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة
او موضوعا ويقال للبايع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيومر بتفريغ ملك المشتري
عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع **وقال** الشافعي يترك حتى يبدو صلاح الثمرة و
يستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقاسه على ما اذا
انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد
عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمنا لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع و
سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي
اقدامه على البيع مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا **قوله**
هنالك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره ان التسليم واجب في صورة انقضا
مدة الاجارة ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم العوض بتسليم المعوض لا يقال فليكن فيما
نحن فيه كذلك لما سياتي ولا فرق بينهما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في كونه للبايع
في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح انه بيعه منفردا يصح
في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار **قوله**
واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم يكن له قيمة
واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها فلم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع
وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري و

لان بيع العمر بانفراده لا يصح فكانه ما باع او لو بيعت ولم يعتبر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل
وقال ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان الصحيح بعض الشارحين يتشبه بذا النوع هذا بنا علي
الاختلاف في جواز بيعه يعني من جوز بيعه قبل ان يتناوله المشافر والمناجل جعله تابعا لغيره
ومن لم يجوزه جعله تابعا مشفر البعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع
مناجل قال رحمه الله ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجر
المثمرة اربعة الاول بعت الارض او الشجر ولم يزد علي ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت
بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او من مرافقها او في
الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق
والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان
وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كانا في الارض وعلي الشجر واما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع
محصودا فهو بمنزلة المتاع فلا يدخل الا بالتصريح قال رحمه الله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها
بيع الثمر علي الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جاز بدا صلاحها للانتفاع
بني ادم او علف الدواب او لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني
فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده ان المبيع قبل ان ينتفع به
لا يجوز لنهي النبي صلي الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم
والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك كما قال الشيخ الاول الاصح بيعه رواية ودراية اما الاولي فلما اشار
اليه محمد في باب العشر لو باع الثمر في اول ما تطلع وتركها باذن البايع حتي ادرك فالعشر علي المشتري
فلو لم يكن البيع جايزا في اول ما تطلع لما وجب العشر علي المشتري واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان
الثاني ونفي جوازه يقتضي الي نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث
انه تاويله اذا باعه بشرط الترك وان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله صلي الله عليه
وسلم ارايت لو اذهب الله الثمر ثم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشتري بشرط الترك
الي ان يبدو صلاحها او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب علي المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك
البايع قوله وهذه اشارة الي الجواز اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع اما اذا كان اشتراه
علي ان تركه علي النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم
المعقود عليه فهو وشرط القطع سوا كان تركها علي النخل شغل ملك الغير او ان في هذا البيع صفقة
في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان تركها علي النخل اما ان يكون باجر او بغيره والثاني
اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة
الاشجار او اجارتها وليس كذلك هو نعم انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها
جايزة فيلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها اما اذا تناهي عظمها فكذلك عند
ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد فقد استحسن في
هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه
الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعني في الارض او الشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جري في اشتراط
الترك ولكن المتعاد في مثله الاذن في تركه بلا اشتراط في العقد ولو اشتري الثمرة لم يتناه عظمها ولم يشترط
الترك وتركها فان كان باذن البايع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته
بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة

وهي

لم م — زاد م — بيع م — التي م

والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها م

لا يحلو

وهي مجهول لها بنوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه لم يتصدق بشئ لان هذا ثمرة حال
من البيع الي النضج لا تتحقق زيادة في الجرم لان الثمر اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البايع شئ الي
الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب يعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا علي الترك او القطع وتركها علي النخل
باستيجار النخيل بطلت الاجارة ... الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف فيها
جميع ما فيه الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الي ذلك لان الحاجة الي الترك بلا اجارة انما تحقق فيما لم يكن يخلص
سواها وهنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها علي ما سند كروا واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا
فيطيب له الفضل فان قيل الاجارة الاسلام بقية الاذن فائدة ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن
كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم ولا ثبت له ولا تحقق له
اصلا ولا وصفا باشرعا علي ما عرف والعقد ولا يتضمن شيئا حتي يبطل ببطلانه لكن ذلك الكلام ابتداء ما يتعلق بالاذن
فكان معتبرا [illegible] الزرع [illegible]
لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم
لشدة الحر وقد يتاخر لشدة البرد والفاسد ماله تحقق بحسب الاصل فامكن ان يكون
متضمنا للشئ ويفسد ذلك الشئ بفساد المتضمن واذا سقط الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله
التصدق فرع لو اشتري الثمار مطلقا عن القطع والترك علي النخل وتركها واثمرت مدة الترك ثمرة
اخري فان كان ذلك قبل القبض يعني قبل تخلية البايع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم
المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك للبايع
واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزايد قول المشتري لان
البيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه
ويقول اجعل الموجود اصلا وما حدث بعد ذلك تبعا وبهذا شرط ان يكون الخارج اكثر قوله
وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شي قبل القبض واذا حدث بعده يشتركا
والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري الاصول ليحصل الزيادة علي
ملكه وبهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز بجعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة
ضرورة ولا ضرورة ههنا لانه امكنه شرا الاصول قال رحمه الله ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا
باع ثمرة واستثني منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك ولم يتبين انه مراد ما الثمر علي رؤس النخل او
ثمر مجذوذ وذكر في بعض فوايد هذا الكتاب ان مراده ما كان علي النخيل واما بيع المجذوذ فه
فجايز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر علي رؤس النخل الا صاعا
منها يجوز البيع لان المستثني معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا علي الارض فباع الكل
الا صاعا يجوز وهذا يدل علي ان الكل فيهما سوا واستدل بقوله لان الباقي بعد
الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا ايضا علي ان الحكم فيهما سوا بخلاف ما
اذا استثني نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة ثم هي مخلة قال المصنف قالوا هذه
رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا
الي النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا يكون مانعة واجيب بانا لا نسلم
انها ليست كذلك فربما كان البايع يطلب صاعا من الثمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه
ما هو اردي الثمر فيفضي الي النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر المستثني
فيخلوا العقد عن الفايدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة بهذا المعني وعن هذا قال

بغير اذنه — م — عا — بدل م

وفي زعم انه مروي عن اصحابنا رحمهم الله وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه م

بعض الشارحين يشير الى هذا **قوله** ارطالا معلومة ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا
او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخلو اما ان بقي شي بعد الاستثنا او لا وكل من التقديرين
يقتضي صحة العقد كالاول فلان الباقي بعد الاستثنا معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا
ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الغرض ذلك فجاز ان
يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون حينئذ استثنا
الكل من الكل فيبطل الاستثنا ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار المال اما في الحال فلا يعرف
هل يبقي بعد الاستثنا شي ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست بمفضية الى النزاع فهو اولى
المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة
لم يذكر في ظاهر الرواية مصرحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز لان الاصل انما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده
يجوز استثناؤه من العقد [illegible] الا يجوز
ايراد العقد عليه لا يجوز استثناؤه وجملة وفي بيع اطراف الحيوان لا يرد عليه العقد بانفراد فكذا
لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثنا يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد
يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم وما جاز ان يكون
معقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس على هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا
الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا قفيزا لانه استثنى ما يجوز ايراد العقد عليه واما لو
قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بماية درهم فانه لا يجوز لانه استثنى
ما لا يجوز ايراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز
استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني
والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي
الى المنازعة **فان قيل** ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله الا هذه الشاة بعينها
بدرهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة
منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى **واجيب** بان في
الاستثنا المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده
اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها
من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت ولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة
فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه يجوز في تسعة اعشاره ولو قال على ان
لي عشره لم يجز على الارطال المعلومة واستثناؤها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول
قيل وللقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناؤها جائز لكن لا نسلم
جواز بيع الباقي وهو مجهول **والجواب** انا لا نسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان
معلوما لم يتسر منه جهالة الى المستثنى منه بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج
الى معرفة مقدار المبيع **قال** رحمه الله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها وبيع الشي في غلافه لا
يجوز الا في الحبوب كالحنطة والباقلا والارز والسمسم **وقال** الشافعي رحمه الله
لا يجوز بيع الباقلا الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله
الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح
كما اذا بيع تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روي ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم

انه

الله قال نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف
حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي
يقتضي المشروعية كما عرف وقوله ولانه حب منتفع به كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة
له وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع بقشره حب منتفع به ومن اكل الفول يشهد
بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها كما قال الله تعالى فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة
فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما ما لم يتقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا
بيع بجنسه لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز ايضا لـ
شبهة الربوا او الجهالة قدرها في السنبلة **فان قيل** ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب
قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلقا **اجيب** بان الغالب
في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا
قطن وكذا في التمر اليه اشار ابو يوسف **قال** رحمه الله ومن باع دارا دخل في بيعها الاغلاق جمع غلق
بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع اغلاقها بنا على ما تقدم ان ما
كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقا والمفتاح يدخل في
بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشي داخل في
ذلك الشي **فان قيل** عدم الانتفاع بدون شي لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا
يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار **فالجواب** ان الداخل في الداخل في الشي داخل في ذلك الشي لا محالة
وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان
يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل
الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبنا من خشب
كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل **قال** رحمه الله واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع ن
المكيل مكايلة والموزون موازنة والمعدود عدا والمحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي
على البايع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب
واما اجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله هي على البايع وهو المذكور في المختصر وفي
رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاول ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن
وبه يحصل التسليم والبايع هو المحتاج الى النقد ليتميز ما تعلق به حقه من حق غيره او يعرف المعيب
ليرده وجه الثاني ان المشتري هو المحتاج الى التسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف
القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم
الثمن وبالوزن يتحقق التسليم **قال** رحمه الله ومن باع سلعة بيع السلعة مجلا اما ان
يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع ن
فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين
حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غايبا عن
حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال
لهما سلما معا لاستوايهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما بالدفع والله اعلم بالصواب

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرايطه وغير

اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر
الخيارات لانه يمنع ابتدا الحكم ثم خيار الروية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم
وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار لانه
ولكن لما جا به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله
في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على
اني بالخيار ايا ما او على اني بالخيار ابدا وجايز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام
فما دونها ومختلف فيه وهو على ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة
وزفر وان فيه جايز عند ابي يوسف ومحمد سوا كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما
الخيار لغيره وجه قول ابي حنيفة في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات
لمامومة اصابت راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار
ثلاثة ايام والخلابة هو الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط مخالف مقتضى العقد وهو
اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة
المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبايع والمذكور في النص هو المشتري كما عديتم فيعدى الخيار
فلا يتعدى في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة لان البايع في معنى المشتري
في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرر يتمكن بزيادة المدة فيزداد
الغرور وهو محرم فيفسد ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار
الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر
فكان اكثر المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتاجيل في الثمن فانه جايز قلت المدة او كثرت للحاجة
والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سلمنا ايهما سوا لكن المذكور
في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الروية وخيار العيب وانه
اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل كالحاجة فان صاحب الحادثة
كان مصابا في الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى بها فقد لما المقدرة لنفي
الزيادة سلمنا لكن في الكثير معنى الغرر ازيد وقد تقدم والقياس على التاجيل في الثمن غير
صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الادا وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة
فقد يحتاج الى مدة طويلة **قوله** الا انه اذا اجاز جوزان يكون استثنا من قوله ولا يجوز
اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز ان يكون من قوله
فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول ولجخلاف الزفر فتامل زفر رحمه الله
يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جايزا لان البقا على وفق الثبوت كما
كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزايد وابطل
الخمر وكمن تزوج امراة واربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي
حنيفة انه ابطل واسقط المفسد قبل تقرره ثم ان مشايخنا رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا
العقد في الابتدا على قول ابي حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينعقد
ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب اهل خراسان واليه مال شمس
الايمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط
المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلاثة ايام تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد

فان قوله بايعت يتناول البيع والشراء

لكن لو ذكر الكثير منهما

تعقد

فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فاذا سقط الخيار قبل دخول اليوم
الرابع زال الموجب للفساد فيعود جايزا وهذا لان العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى
العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جايزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البايع على الثوب
بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا
الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر
الرقم في المجلس وقبله انقلب جايزا بالاتفاق **قوله** لان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على
الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام
الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان جايزا والجواب عما قاس عليه زفر
من المسايل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يكن رفعه وفي مسئلتنا في شرطه
فامكن **قال** رحمه الله ولو اشترى على انه لو لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه لو لم
ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه
ان لم ينقد الثمن ايا ما او يوما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وهو
جايز عند علماينا الثلاثة والقياس وهو قول زفر رحمه الله ان لا يجوز لما انه بيع شرط اقالة
فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول
بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان
يفسده واستحسن العلما جوازه ووجهه ان هذا في معنى الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة
مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان
ملحقا به ورد بانا لا نسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد
وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى
المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزايد على ذلك فلا يعتبر به وقد قدرناه في
التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ
العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار لا يقدر على
الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد لا بحضرة الاخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما
اذا زاد على ثلاثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد رحمه الله
اما ابو حنيفة فمر على اصله في الملحق ونفي الزيادة على الثلاثة وكذلك محمد مر على اصله في تجويز
الزيادة في الملحق به وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين
احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا **قوله** ان لم ينقد الثمن الى اربعة
ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به
وهو شرط الخيار باثر ابن عمر رضي الله عنهما وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم
النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف بالاصل اي في ثلاثة ايام باثر ابن عمر وهو
ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن له الى ثلاثة ايام فلا
بيع بينهما وفي هذا اي في الزايد على ثلاثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر **قوله**
وفي هذه المسئلة قياس اخر تقدم معناه **قال** رحمه الله خيار البايع يمنع خروج المبيع عن
ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبايع
فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري

للعقد

فيه

شرطه

وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف

فالمبيع يخرج عن ملك البايع والثمن لا يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شي من المبيع
والثمن من ملك البايع والمشتري فاذا خرج المبيع من ملك البايع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل
في ملك المشتري والبايع فيه خلاف فقال ابو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع في الصورة
الاولي فلما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب اي العلة بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقة
الشرعيه ولا يتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعني تمنع ابتدا الحكم وهو الملك فيبقي علي ملك
صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع فان قبضه
المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلي هو يقول فيخرج ملك البايع ن
بانه تعذر كان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه
بالهلاك صار الي حال لا يجوز ابتدا العقد عليه فيها فلا يجيزها الاجازة وهو معني قوله لانه كان موقوفا
ولا يبقا بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد
وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض علي سوم الشرا وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيمات هو
القيمة وانما يتحول منها الي الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البايع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة
الخيار واما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام الرضا ولو هلك المبيع
في يد البايع انفسخ البيع ولا شي علي المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما ذكر
الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين علي الصلاح واما دليل خروجه
عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع ن
خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر واما البدل اذا خرج من ملك
ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة فلانه لما لم يخرج له من ملكه لو دخل
لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي
المساواة ونوقض بالمدبر فانه اذا غصبه غاصب اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان
البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بقوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان
المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك ربما
كان الاخر يكون زايلا لا الي مالك سايبة ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة
يخرج العبد عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم
ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف قد تقدم ورجح قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظر للمشتري
ليتروي فيقف علي المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير
اختياره فعاد علي موضوعه بالنقض قوله فان هلك في يده اي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما
اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع كما تقدم آنفا
ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو علي خياره اذا زال في الايام
الثلاثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت والعيب قايم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر
ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة علي المشتري اذا كان الخيار للبايع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري ن
فاحتاج الي التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض
وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم فيلزم الثمن المسمي واما
اذا كان الخيار للبايع فلم يمتنع الرد علي المشتري بدخول العيب لان الخيار للبايع لا له فيهلك والبيع
موقوف فيلزم القيمة **قال** رحمه الله ومن اشترى امراته هذه مسايل تترتب علي الاصل المتقدم

ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما
يدخل فعلي هذا اذا اشترى امراته امة بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها وان وطيها له ان
يردها لان الوطي لم يكن بملك اليمين حتي يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطي ينقصها
وهذا يشير الي قوله وان وطيها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطي فاما اذا نقصها فلا يردها
وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطيها بملك اليمين ولهذه المسالة نظاير في كونها مترتبة علي الاصل المتقدم
منها عتق المشتري علي المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها
اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشتري بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه
يصير كالمنشي للعتق بعد الشرا لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو كان انشا العتق بعد شرايه بالخيار
عتق وسقط الخيار فكذا هذا فان قيل لو كان كالمنشي وجب ان ينوب عن الكفارة بعد استحقاقه
اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة اجيب بانه جعل كالمنشي تصحيحا لقوله فهو
حر فلا يتعدي الي الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق
وفيه يعمل الانشا للعتق لا عن الكفارة كذلك هنا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة
الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يجب تلك الحيضة من الاستبرا عنده خلافا لهما ولو ردها
علي البايع لا يجب عليه الاستبرا عنده سوا كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما اذا كان الرد قبل ن
القبض لا يجب علي البايع الاستبرا استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب
الاستبرا علي البايع قياسا واستحسانا واجمعوا في البيع البات ينفسخ باقالة او غيرها اذا الاستبرا واجب علي
البايع ان كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة
بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال صاحب النهاية لا بد من احد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته
منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشرا ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده
خلافا لهما وعلي هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرفا للولادة وتقرير كلامه اذا
ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال صاحب النهاية لا بد من احد تاويلين
اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشرا ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له
في مدة الخيار عندهما خلافا لهما وعلي هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرفا
للولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد ن
لفظي كما تري قال وانما احتجنا الي هذا التاويلين لانا لو اجرينا علي ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى
منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان
الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري
المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك عند البايع في مدة الخيار او بعدها هلك علي ملك البايع
لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل
القبض وانتقض مال البايع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد البايع المودع كهلاكه
في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البايع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لما لم يملكه كان الرد
امتناعا له عن التملك وللماذون له ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير
عوض والماذون له ليس من اهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لا يخرج عن ملكه فما وجه ابرا البايع
عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة الابرا وجوازه استحسانا لحصوله بعد وجود سبب
الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار علي انه ثم اسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل

وان كانت ثيبا الى آخره فرفع الخيار وحتى وعند محمد يفسد النكاح وان وطئها لم يردها

وولدت في مدة خيار قبل قبض المشتري او يكون المشتري الامة التي كانت م

الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبايع واسلم بطل البيع
بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري واسلم البايع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فاذا
اختاره المشتري صار له والرد صار الخمر للبايع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما **قال** رحمه الله
ومن شرط الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البايع والمشتري والاجنبي لان شرط
الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبايع فالاجازة تحصل بثلاثة اشيا بان يقول اجزت وبموته في
الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان
للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري الى حالة لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه
وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل
كان يتصرف البايع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت جارية فوطئها او
قبلها او يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد
ينفسخ سوا في ذلك حضور الاخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشي قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا
واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البايع والمشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الاخر
بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يجوز وهو قول الشافعي لابي يوسف ان من له الخيار يسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو
كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الاخر ووضح
ذلك بعدم اشتراط الرضى وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل
غايبا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى
عن المضرة اما اذا كان الخيار للبايع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة
القيمة بهلاك المبيع وقد يكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفا في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري فالبايع
عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد تكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك
ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل
والقياس على الشطر الاخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه
على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط
الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه بلا منة في البياعات
لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا
ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ فربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه الضرر
ما لا يخفى واجيب بانه ضرر رضي به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم
ان مدار دليلهما الزام ضرر زايد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا
يرد ما قيل الطلاق والعفو عن القصاص يلزم منهما في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات
وما هو كذلك لا ليس فيه شي من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل ان الزوج ينفرد بالرجعة
وحكمها يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام
امر جديد سلمناه لكن ليس الزام ضرر لان النكاح من عوال النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا ولا ما
قيل الخيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه
ولانه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه ولو راي ضررا لما اقدم عليه اولانه غير زايد على موجب
التخيير ولا ما قيل الخيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زايد على

نكاح من له الخيار وهو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل الخيار المالك في عقد الفضولي
يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليه لانه امتناع عن العقد لا الزام فيه وما قيل الطلاق يلزم
العدة على المراة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع فصار من الطلاق بخلاف الضرر
المذكور في خيار الشرط فانه زايد على موجب خيار الشرط وهو الرد والاجازة وهو غير مرضي به من جانب الاخر
فلا يلزمه الا بعلمه **قوله** ولو كان فسخ في حالة غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور
وليس المراد بقوله كما في الوكالة الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما سنذكره المراد **قال** رحمه الله
واذا مات من له الخيار بطل خياره واذا مات من له الخيار سواء كان البايع او المشتري او غيرهما سقط الخيار
ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات من له الخيار
انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع
بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة
وارادة وهما عرضان لا يقبلان الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لا فيما لا يقبل الانتقال لا ينقطع عن المورث
لينتقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال
عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته وعلى هذا يلزم ان الخيار ليس كذلك فان ذو المالكية منه
ينتقل من المورث اليه في الاعيان فهل يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل
المالكية ضمن في خيار الشرط كذلك بانه ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه
ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف
المملوكية فانه يلزم المالكية وفيه نظر فان الكلام في البيع بشرط الخيار لا في مطلقه
والخيار يلزمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع
بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان **قيل**
القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك **اجيب**
بانه يثبت للوارث ابتدا لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال
التقدم ويثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث
ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد
ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفايه ولو الزم ملتزم ما ذكرتم قلنا
البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين
النزاع **قوله** بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث
مستحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان خيار العيب لاستحقاق
المطالبة بتسليم الجزء الغايب لان ذلك الجزء من المال المستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البايع
بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث وكذا خيار التعيين
لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين
كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا ترى ان المورث
كان له ان يفسخ وكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت **قال**
رحمه الله ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقديره كلامه ومن اشترى شيا وشرط الخيار لغيره جاز
حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز يعني من المشتري ومن ذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار
للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر رحمه الله لان الخيار اذا اشترط في العقد صار حقا من حقوق

الاجر

وبما رحق فيكون لورثته لان المراد بحق قابل للانتقال بدليل قوله لم تلو ذمته م

كانت للوارث م

سبب صح

لانه تخلف المشتري في ملك ذلك جزء يخلف خيار الشرط فان السبب هو الشرط لا يوجد في حق الوارث

له م

مدة م

كان م

ومع

من م

والعاقد صح

فيه م

الزام م

و لجامع وجبانه بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من موجبا مواجب العقد لا يجوز اشتراطه
على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره
لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف
بالمبيع او بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد
اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف
تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى
ادنى منزلة من المقتضي الا ترى ان من قال لعبد لمحنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك
تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لغيره ولا خفاء ان
العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء
تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد ولا ثم على الغير
كفالة عنه كذلك واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط
الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت
الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه
وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن
على الاجنبي وثبوت لتصحيح المقتضى ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي
وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين والجواب
ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه واذا ثبت
الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلفا فعلهما في الاجازة والنقض يعتبر السابق
لعدم تزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف الرواية ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد
فسخا كان او اجازة وفي رواية مأذون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره
وجه قوله الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى تقدم على غيره وفقهه ذلك ان تصرف النائب انما
يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا ببطلا
امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق واحد هما لا بعينه واجيب بان
الترجيح يحتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بيقين
فلا حاجة اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك
عند البائع والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة
ولا خفاء في قوة ما يطرأ فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا الاقي من له الخيار غيره فتناقضا البيع
ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة
ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق
المفسوخ وما ذكرتم فسخ الاجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف قيل الثاني اصح ولعل
قوله والمالك كل واحد منهما التصرف رجحنا حال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان لكل منهما اصلا
في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث
المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف
من له الخيار لانه جهة تملك العاقد عارضة في ذلك **قوله** وانما استخرج ذلك يعني المنسوب
اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج بما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه

تصرف الموكل وهو ابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير
كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف
الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسئلة لانه لم يرجح تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا
به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالكية هنالك لا يستلزم
رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج
ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد هنا في كون كل واحد
منهما يستفيد الولاية من غيره فترجيح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك
من ابي يوسف باعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى حال المتصرفين لتساويهما فبقي النظر في حال التصرف
نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا **قال** رحمه الله ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة على اربعة
اوجه لانه اما ان يفصل الثمن وتعيين من فيه الخيار او ما ان لا يفصلا او فصلا جميعا او فصل المفصل
دون التعيين او العكس من ذلك فان كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في
احدهما بلا نه ابا من فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسدة فجهالتهما اولى وذلك
لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان
الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو ان
بيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع
والثمن معلوم فان قيل الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة
العقد في الاخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاز المصنف
بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في
الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع لان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد
فيه مفسدا للعقد في الاخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا
لا في العقد ولا في الحكم ولقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب
انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فصل تامل منك
فاحفظ وان كان الثالث بان تقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على بالخيار في احدهما فالبيع
فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل الوكالة لعدم التفصيل مفسدا
للعقد في الاخر لفسد في القن اذا جمع بين المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل
مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار
فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الاخر انعقد
انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده
في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قيمة الثمن في البقاء فيانه لحق محترم
عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة **قال** رحمه الله ومن اشترى
ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احد هذين الثوبين على ان آخذ ايهما شئت بعشرة
دراهم الى ثلاثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة واما اذا كانت الاثواب
اربعة فالبيع فاسد فالقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلاثة فساده في الاربعة
لان المبيع احد الاثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتهما في
نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ووجه

كما رجح محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ... بالنصف فعلم ان ... لتصرف المالك ... تصرف الفسخ في نفسه ... هنا التصرف ... وارد على الاجازة ... بحال التصرف ... لا معارض لهذا الرجحان ... تصرف المالك م

المقتضي م

على غيره م

في المبيع

المبيع م

العبد م

ب

الي م

بعينه صح

الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقا به وبيان ذلك
ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا
النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق اليه لخبرته او اختيار من يشتريه
لاجله كامراته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما
ورد به الشرع ولا نسلم ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه بالشرط لما شرط الخيار لنفسه
استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة
تفضي الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب
ثلاثة او اكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء فيه والزائد
يقع مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا
ذكر هذه المسالة في الجامع الصغير في المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة ايام وذكر في الجامع الكبير
وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يجوز العقد ما لم يشترط الخيار
لنفسه وقتا معلوما بالثلاثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة رحمه الله وزيادة على ذلك في قولهما
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر
كان اتفاقيا لا شرطا وهو اختيار فخر الاسلام رحمه الله حجة الاولين ان جوازه بطريق الالحاق
بموضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم الانفكاك للملحق عن الملحق به ليس بشرط في
الالحاق وحجة الاخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه
ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة واما اذا
كانت من غير ذكر خيار الشرط وهذا لا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار
التعيين او لا فان لم يذكر خيار الشرط التعيين بالثلث عند ابي حنيفة وبمدة معلومة اية مدة كانت
عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند ابي يوسف
لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله ان لم
ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف
خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما اخبارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار
الشرط واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة حتى اذا هلك الاخر
بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لان المعيب ممتنع الرد لانه رده انما يكون
اذا لم يتعين مبيعا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل فيجب ان لا يكون الاخر الا
امانة من المقبوض على سوم الشراء فاجاب بانه اقل من ذلك لان
المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الاخر ليشتريه وقد قبضه
باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسالة فيما اذا طلق الرجل احدى امراتيه او اعتق
احد عبديه فماتت احديهما فان الباقية تتعين للطلاق وفي الهالك وكذلك في العتاق اجيب بان
المراة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محليته وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف
عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما
لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط فثبت له خيار الشرط
وخيار التعيين ولا يتوقف على الايام فله ان يردهما بخيار الشرط في الايام الثلاثة لانه امين في احدهما
فيرده بحكم الامانة وفي الاخر مشتر وقد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار

الشرط

الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه تعين المبيع فيه
ولزمه الكل ان في الاخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلاثة
بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين لاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل العموم في قوله
من له الخيار فائدة قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع قال الكرخي ذكر في المختصر
انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار محمد في المأذون ولانه هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار
البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار الشرط للمشتري انما يجوز بخلاف القياس
باعتبار الحاجة الى اختيار الاوفق بحضرة من يثق الشراء له وهذا المعنى لا يتاتى في جانب البائع الى مقتضى القياس
ولم يذكره محمد لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والاخر
امانة فلو التركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره
المصنف ففي بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى مقدرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز والثابت الحمل الا
وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال اشترى ثوبين وقال النعيم هو من قبيل
اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج اليهما وانما كان من احد
قال رحمه الله ومن اشترى دارا على انه بالخيار حتى اشترى دارا اخرى بخيار الشرط فبيعت دار اخرى
بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة فذلك رضا لان اخذه رضا يسقط به الخيار لان اخذه بطلب
الشفعة وطلب الشفعة دليل اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر
الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك يقتضي الملك ولا ملك
مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار
الثانية وهو يوجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة
خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة
واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان ياخذ بالشفعة ويسقط بذلك
خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار
يردها قال شمس الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك
للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق
الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما
يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما فانهما يستحقان الشفعة بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع لان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم
يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذ الشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح
الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسياتي بيانه قال رحمه الله واذا اشترى
الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة ايام فرضي احدهما دون الاخر فليس للاخر ان يرده
عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وكذا اذا اشترياه ورضي احدهما بالعيب فيه وكذا
لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه لهما ان اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو
ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر
لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا ترى ان كل من وكل وكيلين
اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الاخر وله ان المبيع خرج عن ملكه
غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع

كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعد ما اذا رد البعض لا يتمكن لانهما باة والخيار ثبت نظرا لمن
هو له على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا للراد
ايضا لكن لما لم يمكن من الغير بل بالعجز عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل
من الغير اقطع والحم من الحاصل من نفسه فان قيل ينبغي ان يتمكن من رد ما رضي منه بعيب التبعيض
اجيب بانه ان سلم فهو رضي به في ملكه لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب
في يد البائع بفعله ليس له ان يرد بحكم خياره لكن هذا التبعيض عرض الزوال بمساعدة
الاخر لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري
اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرد بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال
بمساعدة الاخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله وقوله ليس من ضرورته اثبات الخيار جواب
لما وتقديره ان اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك لتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم
من اثبات الخيار لهما ان يرد احدهما قال رحمه الله ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب
رجل اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة
ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار بين اخذه بالثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب
من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية بتقويم
الكاتب او الخباز على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في
وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما
بينهما فيرجع عليه بذلك اما رده فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو
احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل
ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لا يرجع الى صفة المثمن او الثمن
كان ملائما للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون
مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي
امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط
مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب
او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي و[illegible] ولكنه مجهول ليس في
وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له ان يامره بالخبز والكتابة
فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم حياته
وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب الخيار لان المشتري ما رضي
بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف اي الذي يكون من
حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض
فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي حمل
فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف وان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض
كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان لا يوجبه
كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكن يوجب التخيير لفوات وصف السلامة
واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد يدخل فيه
من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله اعلم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير
خيار العيب في منع لزوم الحكم قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ومعناه ان يقول الرجل
لغيره بعت منك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كفي هذه وصفتها كذا او لم يذكر
الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا راه وعند الشافعي
لا يجوز وكذلك العين الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غيره مما سمي والمكان
معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية
حاصلة لكان البيع جائزا اي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم
ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راه وهو نص في البيع فلا يترك الا
بمعارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك
والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا كان راه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا
عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حديث حكيم بن حزام
رضي الله عنه قال يا رسول الله يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها
فاشتريها فاسلمها اليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا
على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه وسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه
والمعقول وهو ان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده
ولا نزاع ثمة بمقتضى خياره وانما افضت اليه لو قلنا بابرام العقد ولم نقل به وصار ذلك كجهالة
الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه
معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع
دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى
عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد واجيب
بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة
وما نحن فيه ليس كذلك قوله وكذا اذا قال تفريع على مسألة القدوري يعني كما ان له الخيار
اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم راه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي
رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم
العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادى الى ابطال النص
فهو باطل قوله وحق الفسخ جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له
حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير
الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يتم مبرما فجاز فسخه لو جاه فيه الا ترى ان لكل واحد
من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد
وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على
وجه يؤدي الى بطلانه تماما نقا وفيه نظر لان عدم لزوم العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم
للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط اللازم فهو شرط
للملزوم وقوله ولان الرضا بالشيء جواب اخر وتحقيقه ان الامضاء للرضى والرضى بالشيء
لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضا استحسان للشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور
واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا استقباح

الشيء واستفتاح ما لم يعلم ما يفتحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا لله من اسعار احتياجه الى المبيع او ضياعه ثمنه واستخلابه فلا يلزم الاستقباح ذكر في التحفة انه يجوز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يجوز دون الاجازة وهو مختار المصنف **قال** رحمه الله ومن باع ما لم يره من ورث شيا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة اولا يقول له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البايع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء تجوز وان شاء رد كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وهذا اي الخيار للبايع انما هو باعتبار ان لزوم العقد يعتمد تمام الرضا زوالا اي من جهة البيع وثبوتا من جهة الشرا وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دقايق لا يحصل بالعبارة فلم يكن البايع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشرا فلا يثبت دونه كما تقدم فان قيل البيع البايع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشتراه فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبايع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا صحيح لم يثبت للبايع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب اخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البايع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بن عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولم ينكره احد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة حين بلغه الحديث **قال** رحمه الله ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع لعينه عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يحتاج اليه مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا يبطل فايدة الخيار لا مكان الرد عند عدم الموافقه بعد الامتحان كان لزم البيع بفعل ما يحتاج اليه اول مرة فانتفت فايدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يحتاج اليه او يحتاج اليه لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يحتاج اليه ويحل في غير الملك لكنه فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار والا لبطل فايدة الخيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يحتاج اليه ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليه لحصول الامتحان بالاول ولو وطيها بطل خياره لانه وان كان مما يحتاج اليه لان صلاحيتها للوطي قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطي في غير الملك فكان اختيارا له فان قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان احديهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوي قاضي خان واجيب بان الاصل فيما هو النخيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا

قبل

قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع للحق اذ الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يعني في البيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها او تصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير والذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك ومكان التصرف في العين قايم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رد المشتري بخيار الشرط ثم راه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين احدهما انه قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان هذه التصرفات اما ان تكون صريح الرضا او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا يربو على صريحه اذا لم يكن من ضرورة امر صريح اخر وههنا هذه الدلالة من ضرورة اصحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفا اللازم محال واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا اي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فهذا لانه اولى يعني اذا لم يكن من ضرورة ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع **قال** رحمه الله ومن نظر الى وجه الصبرة اعلم ان المبيع اما ان يكون شيا واحدا او اشيا متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الاحاد او لا فلذا اقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد يكون متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما كان النظر في عورتهما واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن وكان النظر وقع حراما وكذا اذا كان البيع ثوبا مطويا فان البايع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والبيع والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد منهم لان رؤية البعض لا يعرف الباقي لتفاوت في احاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفي برؤية واحد منها لان رؤية البعض يعرف الباقي حتما لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى منها فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه معرف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا ان يكون في طيه ما كان مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الادمي بطل الخيار لانه هو المقصود في العبد والامة وساير الاعضا تبع له الا ترى انه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في ساير الاعضا واذا نظر الى الوجه

Margin notes (in the left page's outer margin):

ضا

الغيرم

وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد اولم يفسخ لان وفي الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها صح

والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعاء بين فراها في احدهما فان كان ما في الاخر مثل ما راى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار ولكن اذا رد رد الكل لئلا يتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم او للقنية اي الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود **قال** رحمه الله ومن راى صحن الدار فلا خيار له ورؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ يسقط رؤية الكل فاقتصار رؤية ما هو المقصود من الدار يقام مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخوله داخل البيت والاصح ان جواب الكتاب اي كتاب القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة وبغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك تكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت فيما لية الدور فيما لية الدور وبغلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذا نكتة زفر **قال** رحمه الله ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بقبضه وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علم الوكيل او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا كان عينا يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابي حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فيهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يرده ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء في حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض واما الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاطه لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رآه عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل ابي حنيفة مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور قوله وهذا اشارة الى ان تنوعه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تناهيها في اللزوم بحيث لا يرتد الا برضا او قضاء وخيار الشرط والرؤية يمنعان عن ذلك واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملك بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة اجاب المصنف بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا لا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي

والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام ثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو راى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة بحيث لا يرتد به الا برضا او قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع هاهنا دل انها كانت تامة ومن موضحات ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يتصد التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا لاسناده فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كان اتمام ما ارسل اليه ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبان من اصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الامر به لغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شراء الماكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لان قوله عليه السلام لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بالجس يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات واما اذا كان شجرا او ثمرا على شجر او عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض مشايخ بلخ بمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم او وصف له او وصف ومس وقال قد رضيت سقط الخيار وروي عن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لراه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى في حق الاخرس والاقرع واطلاق الرؤية يدل على انه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا لراه ومع ذلك يوصف له وهذا اخر الاقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشتراه بصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف لان الناقل للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية **قال** رحمه الله ومن راى احد الثوبين فقد تقدم ان الجامع بين الاشياء المتفاوتة الاحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها

هذا هو المروي عن ابي يوسف وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الافراس صح

شرط صح

وعلى هذا اذا راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر فله الخيار لكن لا يرد الذي راه وحده بل يردهما
اشكالا بلزوم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم انه في الجمع بين الاشيا لنا معنى تمام الصفقة
ط[illegible]نها لا يتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضا
ولا رضى فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي
عنه لما جا في الحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تفريق الصفقة قبل تفريق الصفقة
منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا الا شا وهو قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيا لم
يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز اجيب
بان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملكه اذا تعيب او اعتق
احد العبدين او دبره والمطرد راجح وبانه محرم والمحرم راجح على المبيح اولانه متاخر عن المبيح لئلا
يلزم تكرار النسخ وبان الرد هاهنا غير ممكن لان رد احدا لثوبين لا يكون ردا الا انه اشترى ثوبين
لا احدهما والرد انما يصح انه لو كان ذلك المرد ورد على الحالة الاولى قيل النهي عن تفريقها مطلق
وتقييده فيما تم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح فالجواب **قال** رحمه
الله انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتدا الصفقة فانه اذا اوجب في البيع
في شيين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لان العادة فيما بين
الناس يضم الردي الى الجيد ويروجه بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام
يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما
لا بد من رد الاخر ايضا لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقا خيار الرؤية
وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيها كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة
حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان
المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر المشتري فان شا
رضي وان شا رده وفي خيار الرؤية عليه رد الاخر لدفع ضرر يلزم البائع **قال** رحمه الله ومن مات وله
خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا ينتقل الا انه مشية وهو عرض لا ينتقل والارث فيما
ينتقل وكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفي فلا احتياج الى اعادته قال ومن راى شيا
ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي راه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك
الرؤية السابقة وبفواته العلم بالاوصاف يثبت الخيار منافاة فثبت احد المنافيين وهو العلم بالاوصاف
بتلك الرؤية ينتفي الاخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي راه كما اذا اشترى ثوبا
ملفوفا كان راه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما
استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان العلة انتفا ثبوت الخيار وهو العلم بالاوصاف
وههنا كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان
الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئية لم يرض به فكان له الخيار وان
وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وانما اختلفا في
التغيير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة
وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر متمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو
رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وتمامه هو البيع الخالي عن الشرط
المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض

الرد | ان النهي صح | يلزم صح | يثبت العلم بالاوصاف صح

قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا اي المتاخرون استثنا من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ
يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشي يتغير بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر
فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال لو اشترى جارية شابة راها فاشتراها بعد ذلك
بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان لا يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في
الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول
قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فالقول قوله مع
اليمين **قال** رحمه الله ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من
الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجا
الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه وباع منه
ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره
نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منها ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل
وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهبه ذلك لان الرد تعذر فيما خرج
من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها تمام لان خيار العيب فانه
لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسالة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب
الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضا او رجع في الهبة فهو
اي المشتري الاول والواهب على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق
الصفقة كذا ذكر شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه الا للسا
لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشي الى سببه
اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا رده لان مطلق العقد يقتضي
وصف السلامة اي سلامة المبيع عن العيب لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من
عدا بن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا بن خالد
بن هوذة عبدا لا دا ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الدا فيما رواه الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله المرض في الجوف والكبد والرية فان المرض ما يكون في ساير البدن والدا
ما يكون في الجوف والكبد والرية وفيما روي عن ابي يوسف انه قال الدا المرض والغائلة ما يكون
من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا التنصيص
على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة تفوت بوجود العيب فعند فوا
يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به
فان قيل يقرر كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفا البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف
السلامة كان مستلزما له فاذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى
الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفا العقد وليس له ان يمسكه وياخذ النقصان
لان الفائت وصف اذ العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر
كالعمي والعور والشلل والزمانة والسن السودا والاصبع الناقصة والسن الساقطة واما ان
يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والدفر
والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن لان الثمن اما ان يقابل

لو كان صح | مع | ج | قط | نه | عيب

والخبث بكسر الخاء المعجمة والباء الموحدة والثاء المثلثة وهي في الرقيق ان لا يكون طيبا لانه سبي من قوم لا يحل استرقاقهم. كذا في القاموس

بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى
مزاحمة البيع الاصل فتعين الثالث **قوله** في مجرد العقد احتراز عما اذا كانت الاوصاف
مقصودة بالتناول كما تقدم من قوله ولانه لم يرض بزواله دليل اخر على عدم جواز امساكه
باخذ النقصان اي قيمته او ارشه وتقريره ان البايع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى
وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البايع بزوال المبيع مناف لوجود
البيع فيكون الزاما على البايع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضا
لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان قيل البايع اذا باع معيبا فاذا
هو سليم البايع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا
فالواجب اما شمول الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البايع وتصرفه وممارسته
طول زمانه فانزل عالما بصفته كونه ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه
ما راى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب
الموجب للخيار عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية
العيب عند احد الحالين رضا بالعيب دلالة **قال** رحمه الله وكل ما اوجب نقصان الثمن عيب
ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة
للخيار على سبيل الاجمال فقال كل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر
بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته
عرف اهله **قال** رحمه الله والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب لصغير الذي يعقل
اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فهذا عيب لانه يفوت المنفعة
على المولى والسفر وما دونه فيه سواء ولو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان
ابقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدهما
فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز ياكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما
من مولاه او من غيره فكذلك لكن الاختلاف اما في المقصود لانه لا يامنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله
على الدوام ويقطع يده في سرقة مال الغير فيكون عيبا الا تفرقة بين المولى وغيره الا في الماكول
للاكل فان سرق منه من مولاه ليس بعيب فاذا وجدت **هذه** الاشياء من الصغير عند البايع
والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به واذا وجدت عندهما في كبره فكذلك وان اختلف بان كان
عند البايع في صغره وعند المشتري في كبره لا يرد به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر
والكبر على ما قال في الكتاب **قال** رحمه الله والجنون في الصغير عيب ابدا معناه ان الجنون
خارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب في الحالين واحد
وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البايع في صغره يوما او ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره
يرده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري بشرط كما مال اليه شمس الايمة الحلواني وشيخ
الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على ان اثاره لا يرتفع وذلك يتبين في حال الوعي فيه لان الله
تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية
الرد الا بالمعاودة وهو المذكور في الاصل والجامع الصغير **قال** رحمه الله والدفر والبخر
عيب في الجارية الدفر رايحة موذية تجيء من الابط والدفر بالدال حدة الرايحة طيبة كانت
او كريهة ومنه مسك اذفر وابط ذافر وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية

وهكذا في الرواية والبخر نتن رايحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا
وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا
لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء يكون نفسه عيبا والزنا وولد الزنا عيب
في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعير بزنا امه
وليسا يخلان في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على المشايخ فانه يصير
عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمة **قال** رحمه الله والكفر عيب فيهما الكفر عيب في الجارية
والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تودي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في قلة
نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارة اليمين
والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه
على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشتراه
معيبا فاذا هو سليم فعلى **هذا** ذكر الكفر فيما اذا اشتراه على انه كافر ليبرأه عن عيب الكفر
لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرده به لانه فات شرط مرغوب
لان الاول بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان يستعبد ون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى
الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او ارتفع عنها في اقصى غاية
البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر من وقت
الشرا فيما روي عن ابي يوسف او اربعة اشهر وعشرا فيما روي عن محمد او سنتين فيما روي عن
ابي حنيفة وزفر رحمه الله انها لم تحض لحبل بها او لداء كان ذلك عيبا يرد به والمرجع في الحبل قول
النساء ويكتفى بقول امراة واحدة في توجه الخصومة وفي الداء قول الاطباء يقبل عدلين وقال ابو
المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بان يكون الدعوى قبل المدة المذكورة لانه اذا
ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام
الحبل الى انقطاع الحيض وعلى انضمام الداء اليه لان الانقطاع بدون هذين الامرين لا يعد
عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم
واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في العادة في
اوانه والمعاودة في وجه لا بد ومنها ذلك وزنت اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم
تحض وحاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب يعرف ذلك اي الانقطاع
والاستمرار بقول الامة فان انكر البايع ذلك لا يرد عليه الا بحجة ولا يقبل منه قول الامة
وحدها فيستحلف البايع فان نكل يرد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في
ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة
فقط وعن ابي يوسف انه يرد قبل القبض بقول الامة وشهادة النساء لان العقد قبل القبض
لم يتاكد فجاز ان ينفسخ بشهادتهن **قال** رحمه الله وان حدث عند المشتري عيب
اذا حدث عند المشتري عيب بافة سماوية او غيرها ثم علم عيب كان عند البايع فله ان
يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر
او ثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع لخروج
المبيع عن ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع ولا بد من
دفع الضرر عنه اي عن البايع ويجوز ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالمعيب لان

دا

ما قال

ريز

فيه قوله

بعد مضي

الطبع

لست صح

مقتضى العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا الا ان يرضى ان ياخذه بعينه فان قيل لم لا تقولون ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر قال رحمه الله ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لا يقال البايع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البايع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار بالبايع لا لفعل باشره وفي عدم الرد وان كان اضرار بالمشتري لكن بعجزه لما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو انظر لهما الا اذا قال البايع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق من هذه المسلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد معاه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابي حنيفة اجيب بان الظاهر فساد المالية لصيرورته المعيب بعرضه للشين والفساد ولهذا لا ينقطع يد السارق في سرقته فيحصل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البايع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البايع فاذا المشتري يصير حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ الثمن لولا المبيع ولو قطع الثوب وخاطه اوصبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليهما معا ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لان الفسخ اما لحق الشرع لكونه ربا فليس للبايع ان يقول انا اخذه فتعين الرجوع بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والحسن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير متولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان وكذلك منافع الخرما لا وان لم يكن الخرما لا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم البيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قايما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البايع فان اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون البيع قايما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البايع فاذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا

دفعا للضرر بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب صح

لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقبضه لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبايع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمنع الرجوع بالعيب وهذا نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه ليس يحتاج اليه الا انه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فتمليكه والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت قوله ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فاذا امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان الامتناع هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع لا بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا ورد بانه حينئذ يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي يوجب الزيادة والجواب ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه في يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي في ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البايع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل لا الملك فان قيل كيف يكون كالاعتاق وهو منته دونهما فالجواب ان الانهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كاينا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاية وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يعتد به لا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد نفذ مر حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن احد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستعيضا فيمنع الرجوع فاذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع

عند ابي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل والشرب واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونهما مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وابنان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو نادر وعلى الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وفي بيع البعض عنهما روايتان في احديهما لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يرد البعض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل **قال** رحمه الله ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا وشيا من الفواكه فكسره فوجده فاسدا بان كان منتنا او مرا او دوديا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيا بعد ما ذاقه فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او المال والمذكور ليس كذلك وتنقص من العيوب باضدادها فانه اذا كسر عالما بعيبه صار راضيا واذا صلح لبعض الناس والدواب او وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد فان ... شيا بعد ما ذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البايع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان البيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب ان يكون بالاجلاف لان ماليته بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان مما ينتفع به في الجملة لا يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البايع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالاثنين في المائة او كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البايع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن **قال** رحمه الله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي او بغير قضاء فان كان الاول فاما ان يكون باقرار ومعنى القضا في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري ينكر ذلك فاثبت

الخصم

الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له ان يرده على بايعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قايم فله الخصومة والرد بالعيب **قوله** غاية الامر اشارة الى جواب زفر عما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البايع الاول لان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيا واقر ان البايع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البايع بالثمن **قوله** وهذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البايع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان ويرد احدهما لا يرتد الاخر وان كان الثاني فليس له ان يرده لانه اقالة وهو بيع جديد في حق ثالث والبايع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الروية وصرح بذلك وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرده على بايعه للتيقن بوجوده في يد البايع وهو الذي ذكر في بعض روايات الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة بعقد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البايع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البايع الاول ليخاصمه **قال** رحمه الله ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري البينة فان حلف البايع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن والمبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البايع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لانه باليمين يوجد الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لانه باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا وجهه بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا وتقديره وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام مندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشرب وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والجواب الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم **قوله** لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب تعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس الا لتعين حق البايع بازاء تعين حقه في المبيع لان حقه في التسليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار المعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهي اما بينة او يمين البايع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار يقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة

المبيع صح

بالعيب صح

اوفي المال صح

تناول منه

بيوع صح

علفها صح

اوحكم عدم الاجبار صح

بد

لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن صح

وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا وقوله لانه لو قضي بالدفع
دليل الخصم تنجيم جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من
العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وتقديره انما ادعاه المشتري وان كان موهوما
لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه عن النقض فانه ان قضي بالدفع فلعله يظهر العيب
فينتقض القضا قال رحمه الله فان قال المشتري شهودي بالشام اذا طلب المشتري اقامة
البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار
ضررا بالبايع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرر له ايضا اجاب المصنف بقوله وليس في دفع
الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني هو سبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من
وجهين الاول ما قيل في بقا المشتري على حجته بطلان قضا القاضي وقد تقدم بطلانه والثاني ان الانتظار
واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والاخر دونه والجواب عن الاول
ان القاضي ههنا قد قضي باداء الثمن لحين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه
في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك منه مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري
يمين البايع فنكل لزمه العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود
والقصاص اجماعا وعن النكول في الاشيا الستة عند ابي حنيفة رحمه الله قال رحمه الله ومن اشترى
عبدا فادعى اباقا اذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البايع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري
حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبايع هل كان عندك هذا
العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا او الابرا وان انكر وجوده
عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له
بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يابق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان
القول وان كان قول البايع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري
لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة
انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البايع والثاني
ان سلامة الذمة عن الدين اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض ولا فرق بين
ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على اخر دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويامر الخصم بالجواب
وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول بان اقامة هذه البينة من حيث اقامة البينة
على ان العيب كان عند البايع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه فكان من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني
بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احيا حقه لانه ربما لا يكون له
بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامة لموت او رحلة او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري
الى احيا حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالتعرف عن اماراته وان لم يعرف بالاثار
امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطبا او القوابل واذا ظهر هذا فاذا اقام المشتري البينة حلف البايع
على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب
ههنا الجامع الصغير وان شا حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق
عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل
التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا والجواز

ان يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البايع عدم وجود العيب في الحالين جميعا فنفي
وجوده في احدهما يكون بارا لان الكل ينتفي بانتفا جزئه وبه يتضرر المشتري وانما قال توهم
تعلقه بالشرطين اشارة الى ان تاويل البايع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه توهم لذلك بما ذكرنا
لا تمسك لايمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقالوا لا انهم قالوا النظر للمشتري بنحو
اذا استحلفه بهذه الصيغة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول لان البايع ينفي
العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا فعلى
هذا للقايل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما
به هذا العيب وعلله بانه توهم تعلقه بالشرطين فيتأوله وقالوا انما قال توهم لان ذلك
التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التاويل صحيحا كان التحليف به جايزا وهو تناقض قوله لا يحلف
الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم ولا يكون على البتات فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو
تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى
الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات لادعايه العلم
بذلك وان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البايع بالله ما يعلم انه
ابق عند المشتري هل له ذلك او لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة
وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسلة
لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما ترتب عليه البينة ترتب عليها التحليف
بالاستقرا ولابي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه ان الحلف يترتب على دعوى
صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام
العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها
التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تكون بتسلم
الدعوى عن صحتها بل قد يقوم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان
التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصومة ولا يكون المشتري ههنا خصما الا
بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا
يستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما حلف ثانيا للرد على ما تقدم قال المصنف رحمه الله
ان كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده
بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان فيه ترك النظر في حق البايع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد
البلوغ وقد كان ابق عند البايع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البايع عن
اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به قال رحمه الله
ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جارية وتقابضا بعد ان نقد الثمن والمبيع فوجد
المشتري بها عيبا فاراد البايع تخصيص الثمن على تقديره بالرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال
المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول
القابض لانه اعرف بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب
منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا
اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا

فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري لما بينا ان في الاختلاف
في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض
كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما **قال** رحمه الله ومن اشترى عبدين صفقة
واحدة رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما سليما فوجد بالآخر عيبا
ليس له ان يرد المعيب خاصة بل يأخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري
بالبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما يتم بقبضه الصفقة بقبض بعضه لا يتم
لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرنا يعني في خيار
العيب بقوله لان الصفقة تتم بخيار العيب بعد القبض وان كان لا يتم قبله **وهذا** لان التفريق في القبض
لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض
كالتفريق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا **قال** رحمه الله
ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شرح الجامع الصغير
اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف
انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة
والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول
بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان
يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة
جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام
الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجبها العقد والاصل صفة السلامة فكانت
الصفقة تامة بظاهر العقد ولضرر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان
كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود الرضا ليس منه لانه يستلزم التفريق قبل
التمام وانه لا يجوز وقيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم
يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد الف احدهما بالآخر
بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض
ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الآخر لان العقد قد لزم فيه
لانه تفريق بعد التمام **قال** رحمه الله ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا
كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان
الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعائين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين
يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع وجه الاظهر انه اذا كان من جنس
واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما واما الثاني فلان
المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز
بيعها وحدها وتبعيضها كرو ونحوها كلها كالثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له
الا رد الكل او امساكه لان رده خاصة يلزم شركة البائع والمشتري وفي الاعيان المجتمعة
عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان لا يكون له
رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب على انه احدى
الروايتين عن ابي حنيفة ساقط وعلى الاخرى لما لزم العقد في الباقي لم يبق له خيار الرد فيه لانه

كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والقبض يثبت ملك التصرف وملك اليد صح

بجامع رفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير جائز بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما علما من خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض صح

البعض التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانها الى ماليته سواء والانتفاع
بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في ماليته والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض
عيبا وهو يريد رده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب
الواحد فان التبعيض فيه ضرر والشركة عيب فيه زائد فلم يبق له الا رد الكل او امساكه **قوله**
والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب سؤال تقديره ان الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة
قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه
والاستحقاق لا ينعدم بذلك ولهذا قلنا في العروض والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا
بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وهذا لكون
الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي
لتفريق الصفقة قبل التمام وهذا لما ذكرنا ان تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض
المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق
بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته
والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب حدث بيد المشتري ومثله يمنع الرد
بالعيب اجاب المصنف بقوله وقد كان وقت البيع بمعنى انه ليس بحادث في يده لكونه كان
في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون ما نحن فيه بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس
بعيب فيهما لان الاستحقاق فلا يكون بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص لا يضرهما
حيث لا يضر وتنبيه الكلام المصنف يجد حكم العيب والاستحقاق ثبت قبل القبض في جميع
الصور واعتبر فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق فلقوله لما اذا
كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ويجد حكمهما بعد القبض
كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد
الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله او اخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو
استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه
المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عده رضا بالعيب لان ذلك
دليل قصد الاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لانه يقصد وهو قيام
العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في الامور الباطنة
يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب
لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار
بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا
فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له بد او لا لان في الركوب ضبط
الدابة وهو احفظ لها من حد وتعب لخروا ما السقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه
بدا لصعوبة الدابة لكونها شموصا او لعجزه عن المشي لضعفه او كبره او لكون العلف في عدل
واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين ولكون العلف في عدلين وركب كان الركوب
رضا لان حمله حينئذ ممكن بدون الركوب **قال** رحمه الله ومن اشترى عبدا قد سرق
ولم يعلم به يعني اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد

اشارة صح

ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن
عند ابي حنيفة وقالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا
الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع
سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات بعد ذلك الثمن على المشتري
وتصرفه فيه نافذ فيكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه معتمدها لكنه متعيب
لان مباح اليد والدم لا يستوي كالحلال لانه اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع
المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر
واما في صورة القطع فلان الاستيفاء وقع في يدي المشتري وهو غير الوجوب فكان عيب
حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى
جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشرا ولا وقت القبض فماتت في يد المشتري بالولادة
فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب
يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار
كالمستحق والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله او
لانه مقطوع اليد فيرجع اليه بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما اذا غصب
عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرد على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن
قيمته كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسألة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي
حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد
المشتري ولئن سلمنا فنقول فيه سبب الموت هو المرض المتسلسل وهو حصل عند المشتري وعن قولهما
سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية
في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا
الوجه صارت المالية كالمستحقة واما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم
الاستحقاق في حكم الاستيفاء فهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا
يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كما لو كان لهما القصاص في نفس من عليه
القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته
دون من له القصاص **قال** رحمه الله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري اذا كان العبد
المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا آنفا
وعند ابي حنيفة لا يرد الا برضا البائع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر
لا يخلو اما ان يقبله البائع كذلك وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانه
قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد
نصف الادمي وتلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع على البائع فينقسم النصف عليهما ان
نصفين والنصف الاخر يرجع فيه على البائع لرده العبد اليه فان قيل اذا حدث عند
المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك يرجع المشتري
عليه بجميع الثمن فلم لم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى جريانه
مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل انما يذكرون ما تقدم ان حكم العيب
والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف

ههنا

ههنا انهما لما لنا بل لكن ليس كلامنا الان فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل
منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فيكفي شبهها بما نحن فيه والاستحقاق كون
العقد غير متناول ليتنقض القبض من الاصل لما مر انفا **قال** رحمه الله ولو تداولته الايدي
يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع في يد
الاخير يرجع الباعة وهو جميع البائع كالحاكم في جميع حالة بعضهم على بعض عند ابي حنيفة كما في الاستحقاق
لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان
المشتري الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه ولكن الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب لما
قلناه **قوله** في الكتاب اي قول محمد في الجامع ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى
العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق
والعلم به لا يمنع الرجوع **قوله** في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لا يرجع لان حل الدم
من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فاشبهه بالاستحقاق قلنا عند
الجهل به يرجع بجميع الثمن وبشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا
كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الائمة اذا اشتراه
وهو يعلم بحل دمه ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق
وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
قيل فيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان البيع لا يمنع الرجوع وهذا عيب
لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقته
يبطل البيع والجواب انه لو كان اصح او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال
ويجوز ان يكون من حيث الدليل **قوله** في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب
او انه عيب من وجه من يرجح وان كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد
ترجح جانب الاستحقاق بالدليل المتقدم فاجري مجراه **قال** رحمه الله ومن باع عبدا وشرط البراءة
من كل عيب صح البيع بشرط البراءة عن كل عيب سمى العيوب وعددها او لا علمها البائع او لم يعلم وقف عليه
المشتري او لم يقف او لا موجودا كان عند العقد او العيب حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة
وابي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وزفر والشافعي ومالك
وقال زفر اذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط وقال الشافعي لا يصح البراءة عن كل عيب ما لم يقل عن عيب
كذا وعن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة عن العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد
جرت هذه المسألة بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي فقال له ابو حنيفة ارايت لو باع
جارية في المالي فيها عيب اكان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارايت لو ان بعض حرم
امير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص اكان يلزمه ان يري المشتري ذلك الموضع حتى افحمه واضحك
الخليفة مما صنع به وان في قول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول اخر له البيع صحيح
والشرط باطل بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو ابرا
المديون عن دينه فرد ابراءه لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح
تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء باسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول له والتمليك لا يتم بدونه
والاسقاط لا يفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت [illegible] لفوت التسليم الواجب
بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا

يبري عند ابهم **قوله** والتكان في ضمنه التمليك اشارة الي الجواب عن قوله يرتد بالرد ونقريره ان
ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يوثر في فساد ما قلناه لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالة
لا تعوق التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط
متلاشي لا يحتاج الي التسليم اولي وجه قول محمد ان البراة تتناول الثابت حالة الابرا لان ما يحدث مجهول
لا يعلم الحدث ام لا اي بعقد ايحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف يقول الغرض من
الابرا الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليتعدى على التسليم الواجب بالعقد وذلك
بالبراة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراة عن كل عيب وما يحدث
فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراة قلنا لا نسلم الاجماع
فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق بان الظاهر لفظه هناك
تتناول العيوب الموجودة ثم يدخل منها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا
يدخل قصدا والجواب عن قوله لان ما يحدث مجهول مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم من

قوله ويدخل في هذه البراة احتراز عما لو قال هذا العبد على اني بري من كل عيب به لا يبرا عن الحادث
بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود والله اعلم بالصواب

باب البيع الفاسد

تاخر عن الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الي بينة ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعن
الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح
وصفا وكل ما اورث خلافا في ركن البيع فهو باطل ما او في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به
والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل
المذكورة في الكتاب فيفال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحر باطل لانعدام
الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشيا لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا
لغة ليخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز
ذكره المصنف في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها
ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين
وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور
من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض اهل الكم وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف
لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومه في حق المسلمين لئلا يتمولوها كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها
في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الي تاويل لكنه خلاف الظاهر **قوله**
والباطل لا يفيد ملك التصرف فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون
امانة عند بعض المشايخ ابي نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة نص على ذلك في السير
الكبير نقله ابو المعين في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك
فيكون امانة وعند بعض اخر شمس الايمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه يكون مضمونا لانه
لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا وهو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت اشتريته
بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون وقيل
وعليه الفتوى وكان محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر
على ما نبينه ان شا الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك

بانفاق

باتفاق الروايات واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون انه كان يملك
قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان شيا يملكه فقبض
الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطي جارية اشتراها شرا
فاسدا وجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشرا فاسد وحل اكل طعام اشتراه كذلك لان الملك
مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب انما لم يحل وطيها واكله ولم يثبت الشفعة فيما ذكرتم لان في الاشتغال
بالوطي والاكل اعراضا عن الرد وفي القضا والشفعة تقرير الفساد وتاكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا
في معنى جواز التصرف للمشتري في المشترى شرا فاسدا فذهب العراقيون الي انه مبني على تسليط البائع
على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسايل المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة
ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الي ان جواز التصرف بنا على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى
دارا شرا فاسدا وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبرا ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم
بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان
عتقهما وتسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين ولعل المسايل المذكورة
بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد
المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي
يلي هذا الباب **قوله** وكذا بيع الميتة يعني كان البيع بهذه الاشيا باطل كذا بيع هذه الاشيا
لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلوا اما ان يكون بالدين كالدراهم
والدنانير او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان الثاني
فالبيع فاسد يفيد ملك الخمر ويفيد ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين
ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير مقرر ويقابله قيمة
لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه واما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون محرزا فلا
يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزازا له وهو خلاف المامور به
وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متي اشتراها بالدراهم والدنانير غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود وفي جعله كذلك خلاف المامور به فيسقط
التقوم اصلا لئلا يفضي الي خلاف المامور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى
الثوب بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر فيه
اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزاز بها ولا خلاف
ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر
بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخولها لكونه مقابضة
وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على
جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان **قال** رحمه الله وبيع ام
الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فرع
بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال الامر القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك
ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد وتحقيقه ان بين استحقاق العتق
وثبوت الملك منافاة واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم
اعتقها ولدها فينتفي الاخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه لا يوجب حقيقة العتق ولم

تحملونه علي حقه ولا يصلح دليلا لان المعاصرا دابا لاجماع وكذلك المنافاه ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لما في اللوازم فالملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه او لم يكن سبب ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او غير ثابت بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى وكذا الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فحق قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت لحتاج الي بقا الاهلية والمو نيا فيها فدعت الضرورة الي القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الي ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا علي نفسه لازمة في حق المولي وبين ثبوت الملك منافاة لكن ثبوت استحقاق اليد اللازمة في حق المولي ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفي الاخر وانما قيد بقوله في حق المولي لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته علي فسخها بتعجيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هولا لكان كبيع الحر باطلا ابتدا وبقا لعدم محليته للبيع اصلا لثبوت حقيقة الحرية وبيع هولا باطل لما لحق الحرية لا ابتدا العدم حقيقتها والفرق بينهما ظاهر ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضي القاضي بذلك نفذ قضاوه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتدا لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقا جايز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتدا وانه باطل علي ما يجي **قال** رحمه الله ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز اذا رضي المكاتب بالبيع فيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه لرضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا البيع علي ظاهر الرواية وروايتان عنه في حق المدبر وروي المعلي عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فما تعقب الروايا عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا يقوم لماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلي ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انعدمت هذه الجملة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان بهما لانه اي كل واحد من المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد دخلا تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر انفا وما هو كذلك فهو مضمون كساير الاموال المقبوضة علي سوم الشرا فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما ضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم ولا يحقيقة اذ جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصار كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة **قوله** وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فايدة الدخول لا ينحصر في نفس الداخل لجواز ان يكون عايدا الي

غيره كثبوت حكم البيع فيما انضم اليهما ولبس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن علي قيمتهما فيا خذ المشتري عبد البايع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البايع فكذلك هذا **قال** رحمه الله ولا يجوز السمك قبل ان يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البايع فلا يجوز واذا اصطادوه والقاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان يكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الي المشتري فله خيار الرؤية وان راها في الما لان السمك يتفاوت خارج الما فصار كانه اشتري ما لم يره **قوله** الا اذا اجتمعت استثنا من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة يوخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بنفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثنا منقطع لكونه مستثنا من الماخوذ الملقي في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الي انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض الطير في ارض انسان او فرخ فانه لا يملك لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحوزه او يهي له موضعا لان العسل اذ ذاك قايم بارضه علي وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها علي وجه القرار **قال** رحمه الله ولا بيع الطير في الهوا بيع الطير علي ثلاثة اوجه الاول بيعه في الهوا قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجي كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوي قاضي خان وان باع طيرا له في الهوي ان كان داجنا يعود الي بيته ويقدر علي اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولا النتاج الحمل وهو حبل الحبلة وقد نهي النبي صلي الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل نتجت الناقة بالضم ولكن اريد بها المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المراة حبلا فهي حبلي فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت عليه التا اشعارا بمعني الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثي وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فابطله رسول الله صلي الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه قال في المغرب في الحديث نهي عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهوا **قال** رحمه الله ولا اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا لا لبنا والغرر منهي عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري في الحلب والبايع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بغيره بما ليس بمبيع من ملك البايع علي وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف علي ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوايم متصل بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربط خيطا في اعلاها وترك اياما يبقي الخيط اسفل مما في راسها الان والاعلي ملك المشتري وما وقع من الزيادة

وقع في ملك البائع ما الصوف فانه ينمو من اسفله فاذا خضبت الصوف على ظهر الشاة حتى نزل يجي
المخضوب سفلي على راسه لا في اصله فان قيل الاصل كالصوف وجاز بيعه اجيب
بان الفصيل ان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع
فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يلتبس فيه القطع اي النتف فيحدد لك يقع
التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر
الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف فيما روي عنه من جواز بيع
الصوف على الظهر قال رحمه الله وجذع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من
ثوب يعيب ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا لكرباس فالبيع لا يجوز وكذا القطع اولا لانه لا يمكنه
التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة
بخلاف ما لم يكن في التبعيض ضرر كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس
فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز لعدم الضرر والجهالة
ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال
المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البزر في البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج
المبيع لان في وجوده بهما احتمالا اي هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل
بيع الحنطة في سنبلها وامثالها من المغيبات ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو
جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة الاطلاق واسم المبيع وهو البذر عليه وعلى ما
يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا
هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا للتصريح لفظه واما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن
فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب
بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور ليس بمبيع وعلى قوله
من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه قوله اما
الجذع عين له موجود اشارة الى تمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف
بان الجذع معين موجود اذ لا عرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا
باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع
جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب
بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان بمنزلة فكان العجز
عن التسليم هناك معنى اصليا الا انه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد
واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره لعارض فعل
العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر
زال المانع فيجوز وبحث تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال رحمه الله
وضربة القانص اي الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهي عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري
عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللالي وهو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت
فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل الشبكة
شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا قال رحمه الله وبيع المزابنة الرفع فيه والجر

والرفع

والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع التمر بالثاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذ
مثل كيل ما على النخل من التمر حزرا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم يتوباع
الراس بمرا بل بتمر المجذوذ وكالذي يقابله من المجذوذ ولا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولا
باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة
في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالاخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا
وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار
خمسة اوسق قولان استدل بان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في
العرايا وفسرها بان يباع التمر الذي على رؤس النخل خرصها بتمر فيما دون خمسة اوسق وانث
الضمير في قوله خرصها على انه جمع تمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان في الاحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس
حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتاويلها ان يهب الرجل تمر نخلة من بستانه
لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى
من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره
عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام
متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتداة وسمي بيعا مجازا لانه في
الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك فيما دون خمسة اوسق فظن
الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء
في حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا
بيان به يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثنا
الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة لوجود دخوله في المستثنى
منه والجواب عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقد
يرنا في قوله عليه السلام المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور راجح عليه قال رحمه الله
ولا يجوز البيع بالقاء الحجر سام البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وساومها المشتري يعني استاما
بيع الملامسة هو ان يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك
بيعا اي ابتياعا لها رضي المشتري بذلك او لم يرض وبيع المنابذة هو ان يتراوض الرجلان
على السلعة فيجب مالكها التزام المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا
يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو ان يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع
الطالب للشراء حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه
كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير
الى ان المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان
فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار بمنزلة ان يقول البائع
للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ولا يجوز
بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا
وقد تقدم الكلام فيه قال رحمه الله ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها

والمراد به الكلاء وهو ما ليس له ساق من الحشيش كذا روي عن محمد وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلاء وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ المرعي يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلاء وعلى الكلا مصدر رعي ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سوا كان بها كلاء او لم يكن واما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في الثلث الما والكلا والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى الشركة فيها ان الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحشه فتدفعه الي وتدعني اخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا انبته ظاهر واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي فغير اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان ياخذه بغير اذنه فيجوز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلاء ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلاء فبقي الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلسببين احدهما وقوع الاجارة على عين غير مملوكه والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاجر المنافع لا الاعيان الا لا ضامنة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظير لكونه اله للحضانة والطورة ولم يذكر ان اجارة الكلاء فيقع فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها **قال** رحمه الله ويجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفا ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ماكول لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي المحوفة من الاجناس لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير ارايت ان وجد بها عيبا الم يرده وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا منفعة في عينها **قوله** والانتفاع بها بما يخرج منه جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم في الحال فقوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهما وفيه بعد لخروجهما بقوله بما يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا حتى لو كان ما يخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا شرى من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه هذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكي عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف فاله ذلك **قال** رحمه الله ولا يجوز بيع دود القز بيع دود القز وبيضه وهو البزر الذي يكون منه الدود لا يجوز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال وعند محمد جاز لكونه منتفعا به ولمكان

الضرورة

الضرورة في بيضه قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع ابي حنيفة كما في دوده وهذه العبارة تشير الى ان ابا حنيفة انما لم يجوز بيعه بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال متقوم مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهوا وانما ذكرها هنا اتباعا لما ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمه **قال** رحمه الله ولا يجوز بيع الابق بيع الابق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الابق ولانه غير مقدور التسليم والابق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون ابقا في حق المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير ابق في حق المشتري ومعنى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد او لا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشرا بالاتفاق وان قبضه للرد فاما ان يشهد على ذلك او لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبايع فسخه بخلاف الامانة واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه ابقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذا البايع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الابق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ المشايخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد بل وقوعه باطلا فان شرط المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهوا ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلايم الهوي بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والهوي ينافيه وروي عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبايع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز فصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا واما اذا اخذه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البايع عنه وفسخ العقد ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد **قال** رحمه الله ولا بيع لبن امراة في قدح قيد في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كساير البان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كساير الحيوانات في البانها وعقب بقوله طاهر احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الادمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الادمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الادمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية

احدهم

على صح

عنه

ولعدم صح

بقوله صح

اجزا الادمي واجيب بانا لانسلم ان الاجزا تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الاترى ان الجرح اذا انصل به البرء سقط الضمان وكذا السن اذا نبت **قوله** وهو في الادمي بجميع اجزايه مكرم يجوز ان يكون دليلا اخر وتقريره وان الادمي بجميع اجزايه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزيها اعتبار الجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها فيجوز على جزيها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو في المحل هو الحي ومعناه انهما صفتان متضادتان فلا يجتمعان على موضع واحد فهما ضدان واذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفا الموضوع والجواب عن قوله منتفع به ظاهر لان المراد به كونه منتفعا به مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغني عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذا في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا باللبن لجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة يكون غذا عند الضرورة وهي ليست بمال يجوز بيعه **قال** رحمه الله ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة له وجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان كذلك لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبايع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشرا ينبغي ان يجوز لهم الشرا ولو وقع في الما افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الما لا ينجسه وكان المصنف اختار قول ابي يوسف حيث اخره قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كما في التمرتاشي وقاضي خان **قال** رحمه الله ولا يجوز بيع شعور الانسان بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به وجه الظاهر ان الادمي مكرم مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شي من اجزايه مهانا في البيع والانتفاع ذلك ويويد ذلك **قوله** صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان **قيل** جعل المصنف بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الادمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين متناقضين **اجيب** بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره الشرع اعزاز له فلا يجوز لاهانة المحقر ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شي وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جواز بيعه ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزايلة وشعره وهو طاهر اولى ولانه في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة **وقال** الشافعي نجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا باس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ

من الوبر ليزيد في قرون النسا في اصول شعرهن بالتكثير وفي دابتهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا ينتفعون من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها لمجاورة باتصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب بالنجس اجيب بانها خلقية فما لم يزل بالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل **قوله** لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمن اين الاحراز فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يقتضي القبح لعينه طالع التقرير يطلع عليه ولا باس بيعها والانتفاع بها بعد الدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها ما لا يقع عليه الزكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وساير السباع قالوا ابيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس لا يجوز بيعه **قال** رحمه الله واذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر اذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن له شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الما ولهذا يضمن بالاتلاف من سقى ارضا نفسه بما غيره بغير رضاه ولان له حظا من الثمن ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين شهدا احدهما بشرا ارض بشربها بالف والاخر بشرايها بالف ولم يذكر الشرب لم يقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لانه بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها لرواية ما باعتبار التبعية **قال** رحمه الله وبيع الطريق وهبته جاز بيع رقبة الطريق وهبته جاز بكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وبتوطاهر والا فقدر بعرض باب الدار العظمى وهو شاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الما والعبد للاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الايمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جايز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسيلة وبيع حق المرور وقسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل اخر ليس له منعها من القسمة وترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب المرور بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب المرور واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الروس لان صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وانه الزيادات لا يجوز وصحح الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسل لا يجوز وهذا محتملها الاخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول بالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر انفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية

الزيادات لايحتاج الي الفرق لشمول عدم الجواز واما علي رواية ابن سماعة فبالفرق بينهما
ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير بما مر وهو الطريق واما
التسييل فاما ان يكون علي السطح او الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلق به لكونه
مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الي الفرق في المحتمل الاول وهو
الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور يلجي الي الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما
ما ذكره بقوله ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقي وهو البنا فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما
حق المرور فيتعلق بعين تبقي وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل
البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكني من الدار مثلا حق يتعلق
بعين تبقي هو مال ولا يجوز بيعه **قال** رحمه الله ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر
والانثي قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية
جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة
داخل البيت وللاستفراش والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام والكلبة والكبش والنعجة
جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثي في ذلك سوا
فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان
مع اتحاد اصلهما لعظم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الي وذار وهي
قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الي زندنه قرية ببخارا جنسين مختلفين علي ما قال
المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الي مبيع ذكر بتسمية
فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثي فيه جنسين كبني ادم فالعقد يتعلق بالمسمي ويبطل بانعدامه
واذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف
من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفة بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني
مجردا عن بيان صفة والابلغ في التعريف اقوي وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد
يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا للتسمية لان ما سمي وجد
في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل
محمد فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه فانه اذا
خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغا فصار كمن اشتري عبدا علي انه خباز فاذا هو
كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف الي ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف
بكونها نقصا لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربوا علي الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي وقال
فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد ان الموجود ان كان انقص من المشروط الفائت
كان له الخيار وان كان زايدا فهو للمشتري ونص الكرخي علي ذلك في مختصره ولكل منهما وجه وقيل
اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الي خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا واما
الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمي عشرة يعني بتسعة حسن وان وجد احد عشر
فهو له بلا خيار **قال** رحمه الله ومن اشتري جارية بالف درهم من اشتري شيا بالف درهم
حالة او نسيه فقبضه ثم باعه من البايع بخمسمائه قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي
هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جايز مع غير البايع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل
الثمن الاول وبالزيادة علي الثمن الاول وبالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شرا ما باع

لايخلوا

لا يخلوا من اوجه اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص اخر والثاني جايز بالاتفاق
مطلقا اعني سوا اشتري بالثمن الاول او باقل او باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاول
او بغيره والثاني باقسامه جايز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي يجوزه قياسا علي
الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البايع فانه جايز ايضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول
اما الاول فما قال محمد ثنا ابو حنيفة يرفعه الي عايشة رضي الله عنها ان امراة سالتها فقالت اني اشتريت
من زيد بن ارقم جارية بثمانمائه درهم الي العطا ثم بعتها منه بستمائه درهم قبل محل الاجل فقالت
عايشة رضي الله عنها بيسما شريت وبيسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده
مع رسول الله صلي الله عليه وسلم ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالي فمن
جاه موعظة من ربه فانتهي فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزا مباشرة هذا العقد
بطلان الحج والجهاد مع الرسول واجزية الافعال لا تعلم بالراي وكان مسموعا من رسول الله صلي الله عليه
وسلم والعقد الصحيح لا يجازي بذلك فكان فاسدا وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل علي كونه مسموعا
لان في المجتهدات بعضهم كان يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الي صاحبه وفيه بحث لجواز ان يكون
الوعيد لكون البيع الي العطا وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبهما جواز البيع الي العطا
وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث قالت بيسما اشتريت
مع انه عري عن هذا المعني فلا يكون كذلك بل لانها كرهت نظرا انه الي الثاني فانه قبل القبض منهي مذكور في
الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه اجيب بان بلاونها الحقت الوعيد بل
علي الربوا لا لعدم القبض فانه قبل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد بالبيع فانه جايز
مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتي لو فرق بدون البيع كان الوعيد
لاحقا واما الثاني فهو ما قال ان الثمن لم يدخل في ضمان البايع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت
المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره
لان الربح لا يحصل للبايع وبخلاف ما اذا اشتري البايع بواسطة مشتر اخر لانه لم يعد اليه
المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشتري
باكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض فان
الفضل انما يظهر عند المجانسه وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البايع باقل من الثمن
الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفايت الذي احتبس عند المشتري بخلاف ما اذا
اشتري بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين
الدراهم والدنانير وهو في الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشي الواحد فيثبت
فيه شبهة الربح **قال** رحمه الله ومن اشتري جارية بخمسمائة هذه من فروع
المسئله المتقدمه لانها مبنية علي شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه
فيكون مشتريا الاخري باقل مما باع وقد تقدم فساده وتوضيحه اذا باعهما بالف وخمسمائه فالبيع
فاسد ذكرها العمادي في الالغاز وشمس الايمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئله الموضوعة
في الكتاب لما ذكرتم لما فسد البيع لان عند التسميه نصيب علي كل واحد منهما اكثر من خمسمائه فلا
يجوز فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد تعدد وجهان الجواز وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما
باعها الفا جاز وان جعلنا الفا وحبه جاز وتعلم حرا وليس البعض بالحمل عليه اولي من بعض فامتنع
الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الي تعدد جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه

والترجيح ههنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد فيها الي غير المشتراه لان الفساد ضعيف
فيها لامور اما لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما او لا فلان كونه مجتهدا فيه
الي كان بخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعيد وضع المسئله فكيف يوضع المسئله
بنا علي شي لم يتبع بعد ولان ابي حنيفة ابطل اسلام التوهيه في الموهبه والمرويه مع ان فساد العقد
بسبب الجنسيه مجتهد فيه فانه لو اسلم موهبا في موهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدي فساد
ذلك الي المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي واما لان الفساد في المشتراه باعتبار شبهه الربوا ولو
اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار الشبهه الشبهه وهي غير معتبره وبيان في المشتراه شبهة
الربوا ان في المسئلة الاولي انما لم يصح شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان
وجب للبايع بالعقد الاول لكنها علي شرف السقوط لاحتمال ان تجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط
الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامر عنه فيصير البايع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمايه
من هذا الوجه والشبهه ملحقه بالحقيقه في باب الربوا واما لان الفساد طاري لوجهين احدهما
انه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابله صحيحه اذ لم يشترط فيها ان يكون بازا ما باعه اقل من الثمن
الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن علي قيمتهما فصار البعض بازا ما باع والبعض بازا ما لم يبع ففسد البيع
فيما باع ولا شك في كونه طاريا فلا يتعدي الي الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما
صفقه واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما اشترط لصحة العقد في الاخر والبيع جايز في العقد
لان شمس الائمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق
المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد ولهذا لا يتعدي الي الاخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف
ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمايه فيما صار خمسمايه بخمسمايه مثلها بقي للبايع خمسمايه اخرى مع الجاريه
والمقاصة تقع عقيب وجود الثمن علي البايع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طروه
فلا يسري الي غيرها **قال** رحمه الله ومن اشترى زيتا علي ان يزنه بظرفه اشترى زيتا علي ان يزنه
ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد لان مقتضاه
ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسي يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين
مخالف لمقتضاه وانما اشترى علي ان يزنه ويطرح بوزن الظرف فجاز لكونه موافقا لمقتضاه
قال رحمه الله ومن اشترى سمنا في زق ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة
ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان
يعتبر في تعيين الزق المقبوض او في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض
ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول
للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف
فما وجه العدول الي الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف
في الزق والفقه فيه ان الاختلاف الاسداسي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما
مدع عقدا اخر واما الاختلاف بنا علي اختلافهما في الزق فلا يوجب لا اختلاف في العقد فلا يوجبه
قال رحمه الله واذا امر المسلم نصرانيا اذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شراها ففعل جاز عند
ابي حنيفة خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم فلا لا يبيع صيده علي هذا الخلاف مالا الموكل
لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزوج مجوسيه لان ما يثبت للوكيل ينتقل
الي الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو حنيفة المعتبر

في هذا

في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل والموكل فالاولي اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المامور به وللنصراني
ذلك والثانيه اهليه ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد ليلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم
الا ترى الي صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثه
امر جبري والتوكيل اختياري فاني يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة
اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت والا ترى الي ان الماذون له النصراني
اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب
الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به اذا كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة
تكون مكروهة اشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشرا عبد بعينه
اذا وكل اخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشرا لنفسه وبالقاضي اذا امر ذميا
ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي اخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصي الي مسلم وقد تركهما فان
الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس علي تزويج المجوسي مدفوع بان
حقوق العقد في النكاح ترجع الي الموكل والوكيل سفير لا غير **قال** رحمه الله ومن باع عبدا علي
ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا
لفروع اصحابنا وتقريره ان الشرط ينقسم اولا الي ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت
مطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم المبيع والثمن والي ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف
ذلك وهذا ينقسم الي ما كان متعارفا والي ما ليس كذلك وهذا ينقسم الي ما ليس منفعة
لاحد العاقدين والي ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الي ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل
الاستحقاق والي ما هو بخلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط بريء وكذا في الثاني نهي النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط ثابت بالحد
والعرف ليس يقاضي عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة
والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الرافع الا القياس علي ما لا عرف فيه بجامع
كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد العاقدين كبيع عبد
بشرط استخدام البايع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانها
لما قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربوا لا يقال لا يطلق الزيادة الا علي الجا
للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا لانه مال جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض
عنه بشي في العقد فكان ربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع
لما عرف في بيان اسباب الشرايع وفيما اذا كان فيه منفعة المعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري
العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر
كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة لاحد العاقدين فهو فاسد بوجهين وفيما اذا لم
يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط
فلا يودي الي الربوا ولا الي المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف انه
يبطل البيع به نص عليه في اخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في
ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المعتبر بالمطا
وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري
او يدبره او يكاتبه او امة علي ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة

مع

نس

لبة

للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويحبسه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسر المصنف بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله نحبسه لانهما غيران فيصح قياس احدهما على الآخر لظهور الجامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف نحبسه نلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة قالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس على ما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول بالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لهم ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها **قوله** النسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما يجيء هذا لانه اكثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق النسمة صار كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفى بالشرط واعتقه بعدما اشتراه صح البيع ووجب الثمن عند ابي حنيفة وقالا لا يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بما شرط او لم يوف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا للحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تعدد التصرف به المعارض للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منهي للملك والمنهي للشيء مقرر له الا ترى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب فبالنظر الى الجهتين توقف الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد فقد تحققت الملائمة فيرجح جانب الجواز عملا بالدليلين وتاملوا فيما يتخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا اولا فان كان الاول فتحققه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه جائز فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه وتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة وان الملك لا ينتهي بها لبقاء احتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب مخير في الاجارة والانتهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال ثم ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت **قال** رحمه الله وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا

البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على ان يقرضه المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانه لم يلزم الاجنبي لانه ما ابا على المشتري لانها ليست في ذمته فيحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لو بقي على الى ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن **قال** رحمه الله ومن باع على ان يسلمها الى راس الشهر الاجل في المبيع العين باطل لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل **قال** رحمه الله ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة اقسام الاول ما فسد فيه العقد والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح كلاهما اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها او كاتب عبدا على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يكون شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكر من الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في اوائل البيوع وهذا لان التبيع الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به بتنقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لانه على ان المستثنى مقصود ولا دلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا **قوله** غير ان المفسد في الكتابة استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر او الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على الكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا يصح الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء ويشبه النكاح لانه ليس من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فانها ليست من المعاوضات حتى يبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تاويل المذكور واعترض قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم من ذلك ما يصح افراده بالعقد بان كان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية بهذا الا ترى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتناولها لفظ العقد مطلقا

علم

ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثنا الحمل حيث جعلتم
الاستثنا في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم يعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثنا الخدمة مع
صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب انا منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان
تصحيح الاستثنا يقتضي بقا المستثنى لوارث الموصي فلو صح لكان يكون موروثا كالحمل فصححناه وما لم
كالخدمة منعناه **قال** رحمه الله ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيد
فان هنا صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكانهما سوا يشير اليه **قوله** على ما مر وقيل
قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وهنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية
قال رحمه الله ومن اشترى نعلا حذا النعل بالمثال قطعها به وهو تسمية الشي باسم ما يول اليه اذ النعل
هو الذي يقطع بالمثال ويشركها النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما
وشرط ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البايع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض
على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان
الاجارة عقد المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ وحده لكن جوز للتعامل جواز الاستصباغ
والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان في يوم في طرف الخريف
وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان
مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لا بتنا المبايعة على المماكسة اي المجادلة
في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة مفضية الى النزاع
ومثلها يفسد البيع وان كانا عرفا ذلك لكونه معلوما عندهما وكان التاجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة
قال رحمه الله ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحا وكسرها قطع الزرع
والدياس ان يوطى المحصود بقوايم الدواب من الدوس وهو شدة وطي الشي بالقدم والقطاف
بكسر القاف قطع العنب من الكروم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع
والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جايز للجهالة المفضية الى
النزاع بتقدم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة جايزة وهذه لان الجهالة اليسيرة متحملة
للكفالة الا ترى انها تحمل الكفالة الجهالة في اصل الدين بان يتكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه
اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها
فعايشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى القطاف وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن
عباس رضي الله عنهما منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا يشير الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت
في التقدم والتاخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا
للجهالة في اصل الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم
تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخارج دون عكسه واجيب
بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاوها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه
واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه
بمنزلة الكفالة لعدم ما ينافيه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط
الفاسد ولو باع الى هذه الاجال يعني النيروز والمهرجان الى اخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز

اثم

ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جايزا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول العقد
فاسدا فلا ينقلب جايزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قوله فالنكاح الى اجل جايز
والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا اسند لان من جانب زفر بما نقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد
قدرناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع
المفسد قبل تقريره فيعود جايزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتدا العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع
الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد اجاب بان هذه الجهالة في شرط زايد وهو الاجل لا في صلب
العقد فتمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان الفساد فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير
شهود ثم اشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جايزا واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط
فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا ترى ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم ينقلب صلاته جايزة وعن
الثاني بان هبوب الريح ليس باجل والاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه **قوله**
وبخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب
جايزا قبل تقرير المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا اخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد غير
عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا **وقوله** في الكتاب اي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له
الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه **قال** رحمه الله ومن جمع بين حر وعبد او شاة
ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا اعني سوا فصل الثمن او لم يفصل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في البيع والذكية
وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر
فيهما اي في العبد والمدبر والجمع بين جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد
كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكي كبيع القن
مع المدبر اجيب بانه ليس مجتهد فيه بل خطا بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ قضاؤه فكان بمنزلة
من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر الاعتبار بالفصل الاول يعني الجمع بين الحر والعبد في البيع
لزفر بجامع انتفا المحلية في حق الجمع ولابي يوسف ومحمد اذا سمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ
الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو يختص به دون القن فلا يتعداه
كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول
ولابي حنيفة وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا
لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الاخر
واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان
شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة
وحينيذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما
يكون فيه منفعة لاحد العاقدين او المعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد
في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فيكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد
في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما ليلا يتضرر البايع بقبول العقد
في احدهما دون الاخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر واجيب عن
الاول ان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر البيع او الشرا وقد تقدم في اول البيوع وعن

كبه

عبده

ل

الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبايع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه
قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان يسلم الي خمسمائة اخرى فيدفع بمقابلة الحر العوض في البيع
وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه
واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسمية بينهما و **قوله** بخلاف النكاح
جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع و **قوله** اما البيع في هولاء
متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بهولاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير
فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان **قوله** ولهذا
ينفذ [illegible] يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على
رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عند ابي
حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء
على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرتفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك
في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب
باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد بدليل على ذلك
تمام كلامه هناك ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله ولما
نفذ هنا عرفنا المحلية ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون
العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه البيع وهولاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع وهذا
اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقا كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي
بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في
غير المبيع ولا بيعا بالبيع بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان
ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه اي فيما اذا جمع بين القن والمدبر والله اعلم بالصواب

فصل في احكام البيع الفاسد

واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه اثرا ثابتا به تعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه
والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح
وباطل لا غير فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع يعني باذنه وفي العقد عوضان
مالان ملك المبيع ولزمته القيمة ذكر القبض ليرتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد
شيا وان اتصل به القبض وامر البايع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا او دلالة والمعنى بدلالة
الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البايع فان لم يكن بحضرة البايع لم يملكه بخلاف الصريح فانه
يفيد مطلقا وقيد بان يكون في العقد عوضان مالان لفايدة سنذكرها و **قوله** ملك المبيع
هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا
مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك
لانه محظور والمحظور لا ينال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان
النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن
وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع
الخمر بالدراهم والميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله
لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من اهله اذ الكلام ان لا خلل في

العاقدين

العاقدين مضافا الى محله لذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده ولا يقال قد يكون النهي
مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتصور ليكون
العبد مبتلى بين ان يتركه باختياره فيثاب وبين ان ياتي به فيعاقب فنفس البيع مشروع وبه
ينال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح يقتضي النهي فجعلناه في وصفه مجاورا له كما في البيع وقت
النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد واجيب بان غرض المصنف
من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم والمجاورة جمعا والفصل
وصفا سيان في ذلك وبان غرضه ان حكم النهي عندنا ليس البطلان كما يعتقده الخصم والكراهة
والفساد يشتركان في عدم البطلان فطابق التقرير ما طلع عليه **قوله** وانما لا يثبت الملك
قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقرير ذلك
انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البايع تسليم المبيع لانهما من مواجب
العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع
بالاسترداد لا يجوز وان كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلان
يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته عن
المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفد
الملك قبل القبض لم يفده بعده لان ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده
كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول
انه ممنوع والا لزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استويا
فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار يعني لانه مقبول
على ان بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين
وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط يعدم
الخيار على القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان
القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك
شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا يعتبر بها **قوله** ولان السبب دليل اخر على افادة
البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه
بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان القبض شبيها بالايجاب فصار كالاجابة
البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضد العقد من القبض
قوله والميتة ليست بمال كالجواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره
ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر ثمنا وهو ما
اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في اوايل البيع الفاسد واراد به ما قاله واما بيع الخمر
والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر
مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وثمة اخرى دليل اخر سوى ما ذكرناه هناك وهو ان العقد لو
على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم غير ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد
البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين تقابله الدراهم او الدنانير في
البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من
صور المبايعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه و **قوله** ثم شرط ان يكون القبض باذن

البايع اشارة الي صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه
بصح استحسانا **قوله** هو الصحيح احترازا عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه
بغير اذن البايع في البيع الفاسد فهو كما يقبضه وهذه الرواية هي المشهوره ووجه الصحيح ان البيع
تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى
به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى
الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض
لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي
وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وجب فانه يكون تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس
لان القبض ركن في باب الهبه وانه ينزل منزله القبول في حق الحكم فكان القبول يتوقف على
المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما
مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميته والدم والحر
والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن وجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشيا سوا كانت ثمنا
او مثمنا الكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان و **قوله**
اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان او العدديات
المتفاوته واما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل
لانه مضمون في نفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بنا على ان المثل صورة
ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر **قال** رحمه الله ولكل واحد من
المتعاقدين كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد سوا كان قبل القبض
او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا عن ان يفيد الحكم واما
اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي يعني في احد البدلين كبيع درهم
بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زايد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الي النيروز
والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد لقوة
الفساد وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض
واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله
لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قيل المذكور
في الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان العقد اقوى فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ
لكن الرضى لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلكل
واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفي العقد اللازم
يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في التحرير والايضاح والكافي فان باع المشتري
المقبوض بالشرا الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيا يملك التصرف
فيه سوا كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع
لو كان ماكولا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطيها ذكره الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا
واجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله لان البايع سلطه على ذلك
وذكر شمس الايمة الحلواني يكره الوطي ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم
الطيب ولئن سلم فالوطي مما لا يستباح بصريح التسليط فبه لا لانه اولى وجواز التصرف

باعتبار

باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل وان كان البيع فاسدا سقط حق استرداد البايع لتعلق
حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد
تقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجاره او بروكا لم يسقط حق
استرداده وكذا اذا مات المشتري وان تعلق به حق العبد فكان ذلك نقضا اجيب عن الاول
بان الاجارة عقد ضعيف ينسخ بالاعذار وفساد الشرا عذر في فسخها كما في الجنو ولم يذكر محمد
فسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة
والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة
والنكاح على حاله قايم وعن الثاني بان الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد
عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الي الوارث كذلك حتى لو مات البايع كان لوارثه ان يسترد
المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما لو اوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث
لم يبق للبايع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد
له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل يو لهم اذا
اجتمع الحقان تقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يده حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه
ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في
موضع لا تضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع **قوله** ولان الاول دليل اخر
على سقوط حق استرداد البايع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في
ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح **قوله** ولانه
حصل بتسليط البايع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل
ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض من جهته والجواب ان الاسلام لم يتم فيه فان كلا
من المتعاقدين يملك الفسخ فابن التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى الملك ولهذا لا يملك الفسخ ان
والمنتهي متقرر واذا تقرر فقد تم ملكه ولم يكن ذلك الا منه ابتدا فيكون الاسترداد نقضا لما
تم من جهته **قوله** بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري
مانعا عن نقض التصرفات لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبنا
وغير واما التعلق حقهما بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري
والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية ويجوز نقض احدهما الاخر بل بعضه وحاصله ان تعلق
حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا
يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تحول الصفقة اليه فيبقى تصرفات المشتري بلا
سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته ه
وهذا لان التسليط انما ثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد للشفيع
شي من ذلك **قال** رحمه الله ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر او
خنزير فقبضه باذن البايع واعتقه او باعه بيعا صحيحا واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد
لو تركه او وهبه او سلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جايز وعليه القيمة اما جوازه فلما
ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون
بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة
والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر انفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابه

ملكه

والرهن نظير البيع لانهما لا يزولان بالرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى
لا ان حق الاسترداد يعود لعجز المكاتب ومكان الرهن بزوال المانع وهو تعلق حق العقد فتبين ان ليس يضيع
في عود الاسترداد زيادة فايدة لانه ثابت في جميع الصور واذا انتقض النقض فانتقض لورود المبيع بعيبه
قبل القضا بالقيمة او رجع الى الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه
ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضا
بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضي على الغاصب بقيمة المغصوب لاباق ثم عاد
قوله وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها
لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون
الرد امتناعا ولعل في الجواب اشارة الى المذهبين فيها **قال** رحمه الله وليس للبائع في البيع
الفاسد ان ياخذ ليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة
التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذ البائع في مقابلة المبيع عوضا كان او نقدا ثمنا
او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان كله
ولابنه انه لا يدفع المبيع الى ان ياخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه مفارق من وجه اخر وهو ان الرهن
مضمون بقدر الدين لا غير وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البائع فالمشتري
احق به حتى يستوفي الثمن لانه تقدم عليه حال حياته تقدم على غرمايه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان
الراهن اذا مات وله ورثة وغرما فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرما حتى يستوفي الدين ثم ان كانت
دراهم الثمن قايمة ياخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى
رواية ابي حفص لا يتعين والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على
الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان ما ذكره
المصنف ان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل
في حكم القبض في الاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها اذا كانت قايمة
وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوبة والحكم فيه كذلك وذكر في
الفوايد الظهيرية ان البيع ساع بحق المشتري فان فضل شي يصرف الى الغرما كما في بيع الرهن
بالدين **قال** رحمه الله ومن باع دارا بيعا فاسدا ومن باع دارا بيعا فاسدا فبنى المشتري
فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقالا ابو يوسف ومحمد ينقض البنا ويرد الدار وكذا اذا اشترى
ارضا وغرس فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله اخرا
مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضا او الرضا ويبطل
بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البائع بيعا فاسدا اذا
مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشي فالاقوى لا يبطل به وهو بنى وحق
الشفيع لا يبطل بالبنا والغرس فحق البائع كذلك ولابي حنيفة ان البنا والغرس قد حصل
للمشتري بتسليط من جهة البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من
المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق
الشفيع وكذا لو باعها من اخر فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن وبالاول بالقيمة
وان كان لا شفعة بالبيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع
لعدم التسليط منه اقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير يرشدك ان قوله ما يقصد

به

الدوام لا يدخل الدار في الحجة قيل وانما ادخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البنا والغرس
بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهيا مقررا لانه لما قصد
به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع
ان ياخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبنا لصيرورته حينيذ بمنزلة البيع الصحيح
فينقض الشفيع بنا المشتري واعترض بانه اذا وجب نقض البنا لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب
نقضه لحق البائع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا قوبل بما ذكر فليس يراد ان البائع مسلط
دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفت الاولوية وبطلت الملازمة واعترض
ايضا بانه اذا انتقض البنا لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفا[سد]
وانتفا المانع وهو البنا كما اذا باع المشتري شرا فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ واجيب
بوجود مانع اخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع اخر من الاسترداد
وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ابقا حق الشفيع فصار النقض يقتضي صحة التسليم الى الشفيع ولم يجز
ان يثبت المقتضي على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم الى الشفيع روي وجوب القيمة في هذه
المسالة عن ابي حنيفة يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل
على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة
في هذه الدار التي اشتراها المشتري شرا فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق
استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في حق الاسترداد بالبنا والغرس وثبوته مختلف فيه
فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفايه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم
بدون لازمه محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لا شك في مذهبه في
انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد قال شمس الايمة السرخسي هذه
المسالة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال ابو يوسف ما رويت
عن ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البنا وقال محمد بلى رويت عنه ان ياخذ
قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم ينقل مذهب ابي حنيفة كذا
وانما قال ما رويت وفيه تامل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد ذكر المصنف قوله شك
يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير والراوي
في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسايل التي رواها يعقوب
عن ابي حنيفة لمحمد رحمهم الله **قال** رحمه الله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا
اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كما عداهما
والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك واما الاول فانه يوثر فيما يتعين وفيما
دون ما لا يتعين والثاني يوثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا
فباعها وربح فيها تصدق بالربح واذا اشترى البائع بالثمن شيا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية
مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويوثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم
يتعلق العقد الثاني بعينهما فلم يوثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين
فيهما انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى
البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات
وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين الا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع

الفاسد لانها بمنزله المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم
وادى ضمانها واشترى بها شيا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفه
ومحمد لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف يطيب له الربح
لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقه لعدم جواز
الاستبدال وربما لا يتعين شبهه من حيث سلامه المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى بها فلا
يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه
هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول لم يحصل بملك الغير من
كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد
وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقه والشبهه جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك
انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهته لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل
وجه بل بماله فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين نزلت الى شبهة الشبهة
لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق
كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لانها لنازل عنها فيا بالحديث وهو ما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة وهي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة وان
شبهة الشبهة غير معتبرة فليس عليه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير
واما اذا كانت شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة فقد يثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة
الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت بما دونها ايضا فعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة
اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة بما دونها **قال** رحمه الله وكذلك اذا ادعى رجل مالا على آخر فاعطاه الف
درهم فاقضيها فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح
لا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين يثبت بالتسمية بدعوى المدعي واذا المدعي
عليه وملكه ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا ملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل
واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوكا فاذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى
عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ
لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك ذا الاستحقاق فصد
في مقابلة لا في فلو كان لا فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين والله اعلم

فصل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق
به واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها
واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشرا ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره
حيث عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك انه خداع رجل فيه بازيد من الثمن
وهو خداع والخداع قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة
اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشرا الى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها
لانتفاع للانتفاء الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال صلى الله عليه وسلم لا يسام الرجل على سوم
اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفي في معنى النهي مفيد للمشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان
على السلعة والبايع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز

لكنه لا يكره لاشتماله على الاحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا ان
جنح البايع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح اما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه
بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا
ببيع من يريد **قال** رحمه الله وعن تلقي الجلب اي ونهى عليه السلام عن تلقي الجلب اي المجلوب
وصورته المصري يخبر بمجي قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر يبيعه على ما
اراده فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين
او لا فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضيق المجاور
المنفك وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد غرهم وضررهم وهو قبيح فيكره والا فلا باس
بذلك **قال** رحمه الله وبيع الحاضر للبادي ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي
فقال صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد وصورته ان الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه
من اهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون
فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا تكون اللام في للبادي بمعنى
من وقيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة **قال**
رحمه الله والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند اذان الجمعة
قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغه **قوله** ثم فيه بيان القبح
المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا ابتاعا يمشيان فلا اخلال فيصح بلا
كراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال وكل
ذلك اي المذكور في اول الفصل الى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد اي القبح في امر خارج زائد
اي مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وبيع من يزيد ما روى انس رضي الله عنه
وقد مر انفا والله اعلم **فصل** هذا الذي نشرع فيه نوع من البيع المكروه من
ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله
صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة **قوله**
ووهب معطوف على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه السلام
ووهب النبي عليه السلام لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال
بعت احدهما فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد ووجه الاستدلال بالاول
هو الوعيد بالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جا للتفريق والامر بالادراك على بيع
احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فعلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك
عنه بجواز ان يتبع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استئناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد
الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد
اوعد النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك بقوله من فرق بين والدة وولدها ان كان المراد بذلك المرحمة
تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وقد كان متوعد
بقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار الاستئناس والتعاهد
يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم من المحرم محرم من الآخر كما ذكر في صدر
الكلام بلا ضرر للمولى والصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم
ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما اخا رضاعيا للآخر او كان امه والآخر ابنا من

الرضاع اوكان احدهما ولد عم اوخال او كان احدهما زوج الاخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكلما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده بالوالده وولدها والاخوين قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستانس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابه المحرمه للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجا التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد بحيث بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى والصغير قصدا فهو بيان لما يعني يجوز به الحاق الغير بالدلاله اذا ساواه لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابه والمحرمه ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسد عند عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا كان احدهما في ملكه الحال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولده اذا كانت امه فانه لا باس ببيع الاخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى احدهما جناية بنفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفدا له وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شرا احدهما وكان يكره التفريق بالبيع يكره بالشرا والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الروايه وان لزم التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا امه ولزم التفريق واذا تاملت ما مهد لك انفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل الضرر اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع من مخبر شرعي منع عن بيع الاخر لضرر المولى والمنظور اليه رفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار وقد يتحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه لو الزم المولى الفدا بدون اختياره تضرر واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم عن شراه تضرر الصغير قصدا وعادت على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشان فيها وضرر ذلك عظيم في الدنيا العرضه الاسر والقتل وفي الاخرة لان من ظاهر من ينشا في صغره بينهم ان يكون على دينهم واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالاخر اضرار للمولى واما الحامل لجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف وعلى ظاهر الروايه انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فيتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع باكمل الوجوه لان المعتق والمكاتب صار احق بنفسه فيدور حيث ما دار اخوه ويتعاهد اموره على ما اراد ولا اعتبار الخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في اتصالهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر عنهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر عنهما على ان الاحتراز ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا يتناول كل من كان غير

سوا

سوا كان الغير ابنا صغيرا له او كبيرا وهما في مؤنته او لا وسوا كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من احد هولا اذا كان الاخر في ملكه لحصول التفريق بذلك **قوله** ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم تقريره في اثنا الاسوله وجوابها وروي عن ابي حنيفه انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفدا لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفدا اولى **قال** رحمه الله فان فرق كره ذلك وجاز العقد فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سوا كان بالبيع او بالقسمة في الميراث او الغنايم او الهبة او غير ذلك والبيع جائز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولادة لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك للمروي ولما مر قوله عليه السلام لعلي ادرك ادرك ولزيد بن حارثه اردد اردد فانه الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهه لمعنى مجاور وهو الوحشه الحاصله بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه وغير فاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقاله او بيع الاخر ممن باع منه احدهما **قوله** وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص لما قررناه وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين ماريه وسيرين وكانتا امتين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة فكان يركب البغله بالمدينه واتخذ احدى الجاريتين سريه فولدت ابرهيم وهي ماريه ووهب الاخرى لحسان بن ثابت رضي الله عنه وكان اسمها سيرين بالسين المهمله ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرايع والله اعلم

باب الاقاله

الخلاص عن جهة العيب الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقاله تعلقا خاصا بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعضهم يدل عليه البيع بكسر القاف وهي جايزة لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب اخبارا او دعا وكلاهما يكون المشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقاله فسخ في حق المتعاقدين ولهذا بطل ما نطقا به من الزياده على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البايع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا او عاد المبيع الى ملك البايع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما ذكر ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادله المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق العاقدين لقيامه بهما فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعه بعد القبض لان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هي بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فتجعل فسخا الا ان يتعذر جعلها فسخا فتبطل كما اذا تقايلا

بلا

في العروض المتعينة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هي فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا بالاكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكها استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقته ذلك يقال في الدعا اقلني عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهي البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف بمعناه لانه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كان بيعا او محتملة له لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل في تخريجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ما له وجود اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدال لا لتعين ما اراد من المجاز ارادة المجاز في ساير الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك يصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدل ابو حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقايقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة احد الضدين للاخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن كذلك اجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبايع بيدل لظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه ابسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبايع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه اخر ان المدعي ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس بمقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدل به ابو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل الشارع يبدل الاحكام ولا يغير الحقايق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يتغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقايق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة فاخذ حكم العوض في الاقالة

لشبه

بشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات الملك ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربوا ولان في الشرط صحة الربوا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث تعيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلث ما اذا اشترى جارية بالف درهم ثم تقايلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت بالالف ولغي ذكر الباقي وان تقايلا بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالالف ولغي النقص وجب على البايع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البايع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه او لا وقال بعض المشايخ تاويل المسالة ذلك هذا عند ابي حنيفة وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا تعذر العمل بالحقيقة فصار الى المجاز صونا للكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق بين الزيادة والنقصان عند ابي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وقال كان فسخا فهذا اولى وان سكت عن بعض الثمن لكونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن انما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير تام لان ابا يوسف انما جعلها فسخا لامتناع جعلها بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يصححها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقايل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عند ابي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال رحمه الله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بايع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا يبطل بهلاك احدهما بعد وجودهما لان كل واحد

بوا
شبهة صح
في المبيع صح
لغي
دة
بة

انتفاء بحسب الخ
شرط صح

منهما مبيع فكان البيع قايما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقاله والاخر قايما صحت الاقاله ثم هلك
القايم قبل الرد فقد بطلت الاقاله ولا يشكل بالمقايضه فانها لا تبقي اذا هلك احد العوضين قبل القبض
او كان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معني الاخر لان الاقاله وان كان
لها حكم البيع لكنها ليست ببيع علي الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف المقايضه فانها بيع علي
الحقيقة ولكل من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل
للاقاله بخلاف الصارف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع من الاقاله مع ان كل واحد من العوضين
فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضه لانهما لما لم يتعينا لم تتعلق الاقاله باعيانهما قايمين بل برد
المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما كقيامهما وفي المقايضه تعلقت باعيانهما لو كانا قايمين
فمتي هلكا لم يبق شي من المعقود عليه ترد الاقاله عليه واعلم ان الاقاله تصح بلفظين احدهما
يعبر عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الاخر اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه
الله لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الاخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهما
ان الاقاله لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومه بل كان تحقيقا للتصرف
كما في النكاح وبه فارق البيع **باب المرابحه والتوليه** لما فرغ مما يتعلق بالاصل
وهو البيع من البيوع اللازمة وغير اللازمه وما يرفعهما شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة
والتوليه وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع وعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل
ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما
الاول فلان من اشتري دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما
الثاني فلان المغصوب الابق اذا عاد بعد القضا بالقيمة علي الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة
والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل علي ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك
لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول ومثله لا سبيل الي الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا
للبايع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الي الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس
او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به
له مثل جاز سوا جعل الربح من جنس راس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير
او علي العكس اذا كان معلوما يجوز به الشرا لان الكل ثمن والثاني ينبغي ان لا يضم الي راس المال اجرة
القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول علي ان الثمن ليس بشرط في المرابحة
اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية فقومه ثم باعه مرابحة علي تلك القيمه جاز والمسلة في
المبسوط قيل فعلي هذا الاولي ان يقول نقل ما ملكه من السلع بما قام عليه والجواب عن الاول
انا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد
بالعقد اعم من ان يكون ابتدا وانتها واذا قضي القاضي بالقيمه عاد ذلك عقدا حتي لا يقدر
المالك علي رد القيمه واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق
ما يزيد في البيع او قيمته الي راس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن بنفسه مرادا
تجعل مجازا عما قام عليه من غير خيانة فيدخل فيه مسلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن
لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب تلك الحقيقة للعادة **قوله** والتولية
نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد علي المرابحة
من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب البيعان جايزان لاستجماع شرايط الجواز

ولتعامل

ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجه لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفقة
كاشفه يحتاج الي ان يعتمد علي فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة
ربح وقد صح التوليه من النبي صلي الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لو
المقتضي وانتفا المانع ولهذا اي للاحتياج اي الاعتماد كان مبني البيعين اي بناوهما علي الامانة
والاحتراز عن الخيانه وشبهتها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانه وشبهتها واصابة قضا
المقام ذلك وعن هذا لم تصح المرابحه والتوليه فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم انما تعرف
بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثله فشبهة الخيانه كما لم يجز المجازفه في الاموال الربويه
لذلك فكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط **قال** رحمه الله ولا تصح المرابحة
ولا التوليه حتي يكون العوض مما له مثل لا يصح المرابحة والتوليه في ذوات القيم لما ذكرنا انفا
ان مبناهما علي الاحتراز عن الخيانه وشبهتها واحتراز عن الخيانه في القيميات ان امكن بعد لا يمكن
عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث
لا يملكه ولا دفع مثله اذ العوض عدمه فتعينت القيمه وهي مجهوله تعرف بالحزر والظن فتتمكن
فيه شبهة الخيانه الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البايع الاول بسبب من الاسباب
فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شي من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره علي الوفا بما
التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم علي عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشر
كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه براس المال وببعض قيمته
لانه ليس من ذوات الامثال فصار البايع بايعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزا
من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمه وهي مجهوله فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد
فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسب الي راس المال فان كان الاول كما اذا
قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة او ده يازده
فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان علي صفته ويجوز ان يضيف الي راس المال اجرة القصار
والصباغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشيا براس المال في عادة
التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا الاصل وهذه الاشيا تزيد في ذلك فالصبغ واخواته
تزيد في العين والحمل يزيد في القيمه اذ القيمه تختلف باختلاف المكان فيلحقونه ويقول قام علي بكذا ولا
يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما لزم وقد غرم فيه القدر
المسمي واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا ابيعه مرابحه وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي
وكري بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمه وبخلاف اجرة التعليم فاذا انفق علي عبد في
تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها براس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معني في
المتعلم وهو الحذق والذكا الا بما انفق علي المعلم وعلي هذا اجرة الطبيب والرايض والبيطار وجعل
الابق والحجام والختان وان اطلع المشتري علي خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البايع او بنكوله
عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا تركه وان اطلع علي خيانة
في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما اي المرابحه والتوليه وقال محمد رحمه الله يخير
فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار
لها يتعلق العقد بالمسمي والتوليه والمرابحه ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف
السلامه وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتوليه لا

لا الحق للتسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول وبعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم
واقتصر عن التسمية صح العقد والتسمية كالتعبير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر
المرابحة والتولية فلا بد من بنا العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في
التولية قدر الخيانة من راس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من راس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة
على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم
فياخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانها تكون بالثمن الاول
وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم
يحط يبقى مرابحة كما كانت من غير تغير التصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك
المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط
ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن
كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك وغيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب
كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم
الجزء الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا
عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن
دفعا للضرر عن المشتري **قال** رحمه الله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح الكلام في
وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وانما الكلام في دليلها قال لان العقد الثاني عقد
متجدد منقطع الاحكام عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة
عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتريه وقال ابو حنيفة شبهة حصول
الربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد
عليه بعيب فاذا اشترى من المشتري تاكد ما كان على شرف السقوط وللتاكيد في بعض
المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف
المهر لتاكد ما كان على شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كانه اشترى
بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه
مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة
ولهذا لو كان لرجل على اخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة
على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع
مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشرا بعشرة فيما اذا باعه
بعشرين لانه يصير في الشرا الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة
الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التاكيد له شبهة الايجاب
في حق العباد احترازا عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى
المراجعة الى العباد فيوثر التاكيد في المرابحة واما جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق
الشرع فلا يكون للتاكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من الفوائد العلامة حميد الدين بخلاف
ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشرا الثاني هو
فانتفت الشبهة **قال** رحمه الله واذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا
بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه

مرابحة على عشرة وكذا اذا كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد
من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقبل
كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين وينفرد بكسب عبده فصار كالبائع
من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم
البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما
قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباعه مولاه شيئا لا يصح لانه لا لعبد للمولى
شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رحمه الله في الاصل
وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده
لما ذكرنا **قال** رحمه الله وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب
عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشرة فانه يبيعه مرابحة باثني
عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة بخمسة عشرة
شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح
خلافا لزفر فيه شبهة العدم ووجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق
بمال غيره لا بماله نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة وان فيه
استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف
فيه فبالشرا من المضارب تحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على فائدة ينعقد
لان الانعقاد يتبع الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده وبين عبد غيره واشتراهما صفقة واحدة
جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا
من تعليل زفر وقد استوضحه المصنف بقوله الا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع
الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما
وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك
حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب
المضارب فيبيع مرابحة على ذلك **قال** رحمه الله ومن اشترى جارية فاعورت اذا اشترى
جارية سليمة فاعورت عند المشتري بافة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطيها وهي ثيب ولم
ينقصها الوطي جاز له ان يبيعها مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم
ان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن **قوله** ولهذا توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شي يقابله
الثمن فلهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شي من الثمن وكذلك منافع البضع
اذا لم ينقصها الوطي لا يقابلها الثمن وعورض بان منافع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطيها ثم
وجد عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفي من الوطي بمنزلة احتباس
جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها
مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على
الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع وتسلم الوطي للمشتري
مجانا والوطي يستلزم العقر عند سقوط الحد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف
انه لا يبيع في الفصل الاول في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله
وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان

التغيب بافة سماويه او لصنع الصياد واما اذا فقا عينها راجع الي اول المسئلة وفي بعض النسخ فلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني اذا فقا المشتري عينها بنفسه او فقاها اجنبي سوا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه خيانة توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابس بدل لجزء من المبيع فيمتنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كانه ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقا الاجنبي وجب عليه ضمان الارش وجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الخلاف ما ذكر في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر لفظ المبسوط كذلك وكذا اذ وطيها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلا بد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار بالقا فمن قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص ابو اليسر على انه بالفا او حرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف **وقوله** والمعنى ما بينا اشارة الي هذا الدليلين **قال** رحمه الله ومن اشترى غلاما بالف درهم نسية ومن اشترى غلاما بالف درهم نسية فباعه بربح مايه ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بان الغلام السليم الاعضا يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضا بالنسبة الي غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضا لم يجب البيان على البايع كما مر في مسئلة اعورار العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها ايضا في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا او يزاد مقدارا فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضا وسيشير المصنف الي هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شي من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قايما فاما ان اسقط شي من الثمن بعد الهلاك فلا لان الاكلان ما فرضنا ها شبهة حقيقة وذلك حلف باطل **قال** رحمه الله وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه من غير بيان فكان للمشتري لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شي من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفي الزيوف مكان الجياد بعد الانفاق وسيانيك من بعد في مسايل منثورة قبل باب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي جعفر البلخي يقوم بثمن حال وثمن موجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد كعادة اهل البلاد يشترون بنقد ويبلون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال **قال** رحمه الله ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المونة كالصبغ والسلم وغيره ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع

بعض صح

فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البايع في المجلس صح البيع وخير المشتري ان شا اخذه وان شا تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتدا العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كالخيار القبول الي اخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المذكور لا يقبل الاصطلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعد عدمه فيه واما خيار المشتري فللخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية فيتخير لجهالة الصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به **فصل** وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسايل المذكوره فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار انه يقيد بها ما يتعلق بيع البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتوليه ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه والمراد بقوله مما ينقل ويحول ما يفهم به لبلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام والا يستدل له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال واحسب كل شي مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا من الصحابة حدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الي ابن عمر رضي الله عنهما قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الي رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الي رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليتنع على الاتفاق فان الهبة والصدقة فيه جايزة عند محمد رحمه الله وان كان قبل القبض فان كل تصرف لا يتم الا بالقبض والمانع زايل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع فالبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى **قوله** ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البايع والغرر غير جايز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد نقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق بقوله تعالى واحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الي اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار فانها لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك

في العقار صح

وهو في العقار نادر فصح العقد لوجود المقتضي وانتفا المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفا المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه انا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وحينئذ لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه الرد عليه نقضا اعاد له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه مسفما والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا الطعام يجوز تخصيصه بالقياس فحملناه على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتغت شيا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا انه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص بيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشي لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا لا فرديا واعلم اني اذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جايزا لعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلوا اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ او لا فان كان تعدى الى المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب وقوله والاجارة جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها بعض الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة تملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل لان الرقبة ملك في المنافع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول

قال رحمه الله ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف فذلك اقسام اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى الكيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج

المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميعها كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بانه من الجايز انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التحمل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البايع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زايد على ما ظنه والزايد للمشتري ويجوز ان يجعل من باب القبض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يتبع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البايع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب والجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه دعوى مجردة واجيب بان النفي عن عهدة ذلك بان يقال قوله تعالى واحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان بلا اجراء بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سياتي وحكم بيع الثوب مذارعة كحكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هنا احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به النص ليلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا يعتبر بكيل البايع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لانه ليس صاع البايع وصاع المشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث لانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان البيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سياتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضا وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة اولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في اخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفي بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل لما ان الاكتفا بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان فالاكتفا بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد بالبايع في قوله ولو كاله البايع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك لما ذكرنا من الدليل يدل على ذلك قوله

ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور
اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في ولا المسئلة وما سياتي
في باب السلم وما نحن فيه فلا هذا واذا انظرنا الى التعليل هو قوله ولانه يحتمل انه يزيد على المشروط وذلك
للبايع تقتضي ان يكتفي بالكيل الواحد في ولا المسئلة ايضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفا
بالكيل الواحد رخصة او قياس واستحسان لكان امد فعلجار اعلى القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشتر
المعد ود عدا فهو كالمذروع فيما روي عن ابي يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة لانه ليس من الربوا
ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه قد مر وكالموزون فيما روي عن ابي حنيفة وهو
قول الكرخي لانه لا تحل الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم يسلم له الزيادة
ولو وجدها اقل يسترد حصة النقصان من البايع كالموزون فلا بد من جواز التصرف من العد كالوزن
قال رحمه الله والتصرف في الثمن قبل القبض جايز التصرف في الثمن قبل القبض جايز سواء كان مما لا
يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان ياخذ بدله
شيا اخر قال ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم
وكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قايم والمانع وهو غرر
الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع **قال** رحمه الله ويجوز
للمشتري ان يزيد البايع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع
شيا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البايع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل
والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البايع حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع
كله بتسليم ما بقي بعد الحط يتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع
المشتري على البايع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط ملتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي
لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على ابتدا الصلة اي الهبة ابتدا لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح
الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض نفس ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد
بالمسمى ثمنا فالزيادة ثمنا يكون في مقابلة نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل
بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدا ولنا ان البايع والمشتري بالحط والزيادة غير
العقد بتراضيهما من وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن يجعل
الخاسر عدلا ان العدل رابح والحط يجعل الرابح عدلا وان العدل خاسر وكذلك الزيادة في المبيع ولهما
ولاية التصرف برفع الاصل العقد بالاقالة فالاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف
لان التصرف في صفة الشي اهون من التصرف في اصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار
الشرط فاسقطاه او شرطاه بعد العقد صح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصل العقد
لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشي يقوم به كالشي لا بنفسه فالزيادة تتقوم بالثمن لا
بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب
المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل باصله لا تغيير بوصفه لان عمل الحط في اخراج
القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا
واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان بيعا باطلا لعدم الثمن حينيذ وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك
و يجبر هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم
من عدم الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حق الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل

في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البايع اذا حط بعض الثمن على المشتري والمشتري قال لاخر وليتك هذا
الشي وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فانه لما كان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن
في ابتدا العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى ياخذ الشفيع بما بقي في الحط
قوله وانما كان للشفيع جواب سوال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد لاخذ
الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتدا العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان ياخذ به دون الزيادة
لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتصرفهما
وهذا كله اذا كان المبيع قايما واما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم
يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشي يثبت ثم يستند ولم يثبت
الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا
والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وروى
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يجوز زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المبيع قايما تقديرا
ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قايما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان
العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك او لبقائه بطريق
التجدد فلم يكن لبقا العقد في حقه فايدة فاما قيام وراء ذلك ففيه فايدة فيبقى والزيادة في المبيع جايزة
لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قايم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها
شي من الثمن **قال** رحمه الله ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا اذا باع شيا بثمن حال ثم اجله لا يخلو من
ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار موجلا وقال زفر لا يلتحق الاجل بالعقد وبه
قال الشافعي لانه دين فلا يتاجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل رفقا بمن عليه
ولان التاجيل اثبات براة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراة
الموقتة اولى وان كان الثاني فلا يخلو اما ان تكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كان الاول كما اذا اجله
الى هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم
يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اخر البيع
الفاسد **قال** رحمه الله وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار موجلا كل دين حال يتاجل صاحبه
يصير موجلا لما ذكرنا انه حقه الا القرض لا يصح تاجيله وهذا لان القرض في الابتدا صلة
واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع
كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتها لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين بعد اعتبار الابتدا
لا يصح اي لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى الانتها لا يصح لانه يصير
بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة
على جوازه فاعتبرنا على الابتدا وقلنا بجوازه بلا لزوم ولو قضى بما اوصى بان تقرض من ماله الف درهم
فلانا الى سنة فانه قرض موجل واجله لازم حيث يلزم ورثته ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة وانما وجب
بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم
في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة
وقت الوصية فلذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل
السنة حقا للموصي لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع
بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في انواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله

تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع
بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد الا تصنف شيا في الزهد قال
قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة
في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة من ربا المال اي زاد وينسب فيقال ربوا بكسر الراء ومنه الاشيا الربوية
وفتح الواخطا ذكر في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع **قال** رحمه الله الربوا
في مكيل او موزون اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيه جار في كل ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون
من جنسه فالعلة اي لوجوب المماثله هو الكيل مع الجنس او الوزن قال المصنف ونقال القدر مع الجنس
وهو اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الاخر والاصل فيه الحديث المشهور الذي
تلقته العلما بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد
الاشيا الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب
وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاويه بن ابي سفيان رضي الله عنهم ويروي بروايتين بالرفع
مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب
باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا والمراد بالمماثله المماثله من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك
في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة فانه بيع حبة
من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثله من حيث الجودة والرداة
بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها سوا وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه
بعضا فان قيل بقوله بيعوا يوجب البيع وهو مباح واجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة
كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بان يكون على صفة الشهدا اذا مات كذلك المراد والا
يكون البيع على صفة المماثله و **قوله** يدا بيد المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي تسليم و **قوله**
والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما على الاخر حرام والحكم معلول
باجماع القايسين لحجة لا عن قول داود من المتاخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور
على الاشيا الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي الطعم
في المطعومات والثمنيه في الاثمان والجنسيه شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده
الا عند وجود الجنسيه وحينئذ لا يكون لها اثر في تحريم النسا فلو اسلم هروبا في هروي جاز عنده
وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة وسيابي في السلم ويخلص تخلص بها عن الحرمة لانه اي الشارع نص
على شرطين التقابض والمماثله لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية
النصب وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب لانه عدل الى الرفع للدلالة على الشرف وكل من كلمة
اي كل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فاذا كان تعرض خطير اتعلل بجعله يناسب
اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقا الانسان به والثمنية في الاثمان لبقا الاموال
التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا
والحاصل انما نعرف بالتاثير وللطعم والثمنية اثر كما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة لا تعمل
الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الجنس الشرط وجودا عنده لا وجوبا به ولنا
الحديث اوجب المماثله شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لان الامر انه حال بمعنى متماثلا والاحوال شروط
ووجوب المماثله هو المقصود بسوق الحديث لاجتماعات ثلاثه لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن
التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص من

الاخر كان التبادل متضيعا لفضل ما فيه الفضل او تتميما للفايدة باتصال التسليم به اي
بالتماثل يعني ان في النقدين يكون تماما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثله فيضا بعد مماثله كل
منهما للاخر ليقيم فايدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذا المقصود بيان
وجوب المماثله بين العوضين قدرا لا بيان المماثله من حيث القبض والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين
مماثلا للاخر لم يتم الفايدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا
في حق الاخر واذا كان مماثلا للاخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفايدة اتم بعد القبض لكونه نفعا في حقهما
جميعا والقابل ان يقول هذه الاوجه الثلاثه المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحقيقه في ساير
البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفايدة مما يجب فيجب التماثل في
الجميع لئلا يتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمية لا
علية لتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثله لزم عند فواته حرمة الربوا لانتفا المشروط عند انتفا
شرطه والقايل ان يقول لا نسلم لزوم حرمة الربوا عند فوات شرط الحل لان لم توجد الواسطه بين الحل والحرمة
وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره
وهو معنى الكراهة فعند انتفا الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثمه
قوله والمماثله بين الشيئين بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثله بين الشي باعتبار الصورة
والمعنى وهو واخرو المعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من بر يساوي
كيلا من بر من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة
لا معنى وللقايل ان يقول قد تبين ان المماثله شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان
ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتدا واما بطريق التعديه
من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن
فيه كذلك لان النص اوجب المماثله في الاشيا الستة شرطا فاثبتناه في غيرها تعديه وكان جايزا فاذا ثبت وجوب
المماثله شرطا وهي بالكيل والجنس يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد
المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد **قوله** ولا يعتبر الوصف جواز يكون
جواب سوال تقديره ان المماثله كما يكون بالقدر والجنس يكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف
لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في الماليه والفضل من حيث الجودة
ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدونه ذلك الا من باب البر وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا
في القيمة في العرف ولانه في اعتباره سد باب البياعات لانه في الحنطة لا يكون مثلا الحنطة من كل وجه
فالمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب
مطلق البياعات ولقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سوا **قوله** والطعم والثمنيه
جواب عن جعله الطعم والثمنيه علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان نحلا
ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق وليس في الحاجة
دون التضييق لا ترى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام كحالة الاضطرار فكيف تؤثر
في حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسع فيما كثرت اليه الاحتياج كالهوا والما والعلف للدواب
وعلى غير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاشيا الجواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود
المفسد فلا يكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين
نقول اذا بيع المكيل والموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن يجاز البيع

لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في الحرف وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بانتفا الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا متماثلا

قال رحمه الله ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فينتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا اي ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي وجب وجب القيمة عند الاتلاف لا مثلها فلو تعينت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي لا يجوز لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لو يجز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المشترك وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين بلغ حد نصف صاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية

قال رحمه الله واذا عدم الوصفان اذا ثبت ان العلة الحرمة شيان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الاخر والاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل و النسا لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمهما الا العدم لا يثبت شيا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثال ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النسا باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الي اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان بالنقد به وعدمه لا يثبت الا شبهة الفضل لا حقيقة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النسا زيادة فايدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النسا انما توجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد توجد فانه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسية وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو الثمنية او الطعم بشرط التقابض في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربوا من وجه وتحقيقه ما يثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة يحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها لان الكلام في حقيقة او معاونة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه ربوا النسية مال الربوا من وجه نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس مع الهروي كالهروي صح اذا كان احدهما نقدا والاخر نسية وكل علة ذات وصفين موثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلة وشبهة العلة يثبت بها شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة بها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من

وجهين

وجهين احدهما ما قيل ان كونه من مال الربوا من وجه شبهة وكون النقد به اوجبت فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني ان كون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جايزة فيما نحن فيه فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة ولشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاصي رضي الله عنهما وبما روى ابو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسية لنا والجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال التاويل اي منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة النسا كان لان الاسلاف يدا والخبر المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فلا يب انهم اجمعوا على النسا في كمال العلة لا في شبهتها

قوله الا انه اذا اسلم استثنا من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكونهما مختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامنا والنقود بالسنجات وهي معربة سنك ترازو ونقل عن الفرا ان السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين واما الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فينزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا كان المانع للشبهة واذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كالوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف تسامح فانه قال اذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الائمة بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا ان يحمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فلا اعتبار زايد على ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز ذلك لان الشرع رخص في السلم والاصل في راس المال هو النقود فلو لم يجوز لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فلم يشرع الرخصة في التجويز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به

قال رحمه الله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما نص النبي صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكيل ابدا وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على تحريمه فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا وان ترك الناس لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانها اي عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعا

فيه فكان المنظور اليه هو الاعادة في ذلك الوقت وقد تبدل فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى ذلك
لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام
في معلوم وان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك
كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في القنية انه ذكر في المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز فكان في المسئلة
روايتان **قال** رحمه الله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف والاواقي
جمع اوقية كالتيه واما فيه فقيل هي وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انما
يختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن اذ تعدليها انما يكون
بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت بعني سائر المكا
لم يقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال
مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بمكيال لا يعرف
وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به
الادهان ونحوها لان الرطل انما يجعل بالوزن لانه يشق عليهم وزن الدهن للاماء والصبيان في كل
لانه لا يستمسك لاني وعاء في وزن كل وعاء يصح فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فعرفنا ان كيل الرطل
موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن **قال** رحمه الله وعقد الصرف ما وقع على
جنس الاثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس
قوله يعتبر خبران لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة
بالفضة هاء وهاء يدا بيد وقد تقدم لانه على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ
اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه ها فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جرا الى افادة
معنى التعيين كما تبين وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا
للشافعي في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة او بغير جنسه كبيع
حنطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى
الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها الة له
فهي كناية وبانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا كالحال
والموجل ولنا ان ما سواه مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه
القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين
لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض
فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف لان القبض
فيه ليتعين به فان النقود لا تتعين في العقود **قوله** ومعنى قوله عليه السلام جواب عن
الاستدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يتوجه استدلاله على القبض والدليل
على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض
جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون
القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الاخر و**قوله** يدا بيد يحتمل ان يكون المراد
به القبض لانه الته كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد و**قوله** عينا
بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك او الجمع بين

الحقيقه

الحقيقه والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لانا
نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو في معنى العين في
الحال كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بانه لو كان بمعنى التعيين لم يشترط القبض في اناء ذهب
بيع باناء مثله لئلا يلزم نقض المعين فانه لا يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض يشترط
واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان بما خلقه كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة
في الربوا كالحقيقة فاشترط القبض فعارضه واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقتكم
في ان الاثمان لا تتعين بالتعيين واما الشافعي فليس بقابل به فلا يكون ملزما والجواب انه
ذكره بطريق المبادي ههنا لثبوته بالدلايل الملزمة على ما عرف في موضعه و**قوله** ويتعاقب
القبض جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس وحصله ان المانع يتعاقب بعد نقدا وما
في المالية عرفا كما في النقد والموجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفضلون في المالية بين
المقبوض في المجلس وغيره بان يكون حالا لا ممتنعا **قال** رحمه الله ويجوز بيع البيضة
بالبيضتين بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين لانعدام المعيار
وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر
جعلت امثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان التماثل في
ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت فعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما
الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل اصطلاحهم فيعتبر الحقيقه وهي فيها متفاوته صغيرا وكبيرا وخالف
الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر **قال** رحمه الله ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
بيع الفلس بجنسه متفاضلا على اربعة اوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس
بعينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه
بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية
قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا
في العقد وهو الربوا واما الثاني فلانه لو جاز امسك البائع الفلس المعين وطلب اخر وهو
فضل خال عن العوض واما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد اليه احدهما مكان
ما استوجبه في ذمته فبقي الاخر له بلا عوض واما الوجه الرابع فيجوز ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله وقال محمد لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما يثبت باصطلاح
الكل لا يبطل باصطلاحهما العدم ولانهما على غيرهما فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق ولا
فرق بينه وبين ما اذا كانا بغير اعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين
ان الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى
ثوبا بفلوس معينه فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضه ولهما ان الثمنيه
في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما تثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل
باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا كسدت باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح
المتعاقدين فيجب ان لا يكون عروضا ايضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما
واجيب بان الاصل في الفلوس ان يكون عروضا ايضا باصطلاحهما على الثمنيه بعد
الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز ان يكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلافه فالاصل
واما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سوا

منفقين على التسمية وفيه نظر لانه منافي قوله ان التسمية في حقهما تثبت باصطلاحهما اولى ولانه
لغيرهما ويمكن ان يقال معناه ان التسمية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما تشترط ان تكون من
سواهما متفقين على التسمية واذا بطلت التسمية فانه يعود ها عروضا متعينين بالتعيين فان قيل
اذا عادت عروضا عادت وزنيه فكان بيع فلس بفلسين بيع قطعه بقطعتين وذلك لا يجوز
اجاب المصنف بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة
الواحد بالاثنين اعرضا عن اعتبار التسمية دون العدد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العدد
ملزوم التسمية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العدد
بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العدد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم
فلو ضم الى ذلك ولان الاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في
غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد **قوله** فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك
العدد به عن التسمية و**قوله** بخلاف النقود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها
للتسمية خلقة لا اصطلاحا فلا يبطل باصطلاحهما و**قوله** ويجعل جواب عما قال كما اذا تغير
اعتباريهما بان ذلك لم يكن لكونه كالسا لطال اي بسببه وهو منفي عنه و**قوله** وبخلاف
ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب عن القسمين النافيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان
الجنس بانفراده يحرم النسا **قال** رحمه الله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق
والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه
لانهما اي الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يوثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير
بالتفريق شيئا اخر ازاليه من وجه لا ان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين
والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فانه ما ينبغي من الحنطة
والشعير لا ينبغي من الدقيق فانتفى لاتحاد الاشكال والهريسة وغيرهما ادون الدقيق
والسويق وربوا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وصيرورته دقيقا
زال التجانس من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله والثابت لا يزول بالشك فان قيل
لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة اولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة
والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا وبكذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل
غير مستو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال
الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل لان حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة في الاصل وعلى
ما ذكر في هذا الفرع تثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل طها زال الذي على ما عرف واجيب بان
حرمة الربوا تتناهى بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النسا لا
تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة
فلا بد من تحققها فيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل
لتحقق الشرط وهو وجود المسوى ومتساويا وكيلا قيل غلط لان متساويا خلا ن لا لعامل في
الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة الثانية في توهم جواز
المساواة وزنا وحكى عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا
كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رحمه الله متساويا
ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مقلية والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز

بيع

بيع اجزاء البعض بالاخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض اخر وعندهما يجوز لانهما
جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصايد ولا يحصل شي من ذلك بالسويق بل المقصود
به ان يلت بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم وكذا اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم
بعد ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر
كالمقليه بغير المقليه والعلكه بالمسوسة الذي اكلها السوس المقليه هي المشويه من قلى يقلي اذا شوى
يشوى ويجوز مقلوه من قلى يقلوا والعلكه هي الحبه التي يكون كالعلك من صلابتها يتمدد من غير انقطاع
والسوسه العته وهي دوده تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو
المشددة **قال** رحمه الله ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان
من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جايز بالاتفاق من غير اعتبار العلة والامر كما
في اللحمان المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذ
مفصوله عن السقط وهو جايز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه
بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالا
ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
غير جايز عند محمد الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط او
او لم يكن كذلك لتحقق الربا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية
باعتبار ما في الضمن فصار كالخل اي الشيرج بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم
موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه
مرة ويثقل اخرى نضرب نوه فيه فلا يدري ان الشاة خففت نفسها او ثقلت بخلاف مسئلة الخل دن
بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين التحير ولا يشمل اللحم والحيوان بما
وهذا لان الخل والسمسم يوزنان ثم يميز التحير ويوزن فيعرف قدر الخل من السمسم والحيوان لا يوزن
في الابتدا اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف
به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين لان اللحم
غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جايز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان
قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسية وليس كذلك اجيب بان النسية
ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كان في البدل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز
قال رحمه الله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا
بمثل جوزه ابو حنيفة خاصة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن ابي وقاص
حين سئل عن بيع الطعام بالتمر وقال اينقص اذا جف فقيل نعم لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف
وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك
و**قوله** نقال عليه السلام هو الدليل ولابي حنيفة المنقول والمعقول اما الاول فلانه صلى الله عليه
وسلم سمي الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جايز لما روينا من
الحديث المشهور واما المعقول فما روي ان ابا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئله
وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز
العقد باول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش

وهو ضعيف في النقله واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد
لا يعارض به المشهور واعترض بان الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقليه بغير المقليه لان المقليه
اما ان تكون حنطة فيجوز لقوله الحديث ولا يكون فيجوز باخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظره
لدفع شغب الخصم والحجة لا يتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمره
خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان يدرك والرطب والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره
ويجوز ان يقال انه حنطة **قوله** فيجوز بالحديث قلنا انما جاز ان بسبب المماثله بينهما كيلا ولا يثبت
لما قبل المقلي صيغة ينوم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز رديء لا يقال ذلك راجع الى
التفاوت وهو ساقط كالجوده لان التفاوت الراجع الى صنع الله بالحديث واما الراجع الى صنع العباد
فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينبني على صنع العباد فهو مفسد كما في
المقليه بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبره كما في الرطب والتمر والجيد والردي
والعنب والزبيب على هذا الخلاف لاختلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف
اشارة الى قوة دليل ابي حنيفه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقليه بغيرها وهذه
الروايه تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق التمر على
الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه
التفاوت الصنعي المفسد كما في المقليه بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل
عندنا خلافا للشافعي لانه ربوي متفاوت في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة
الرطبه بالدقيق ولنا انه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبه
بالحنطة الرطبه او الحنطة المبلوله بالمبلوله او الحنطة الرطبه بالمبلوله او باليابسه
او التمر المنقع بالمنقع والزبيب المنقع بالمنقع من انقع اذا القي في الخابيه ليبتل ويخرج منه الخلاف
جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو معتبر المساواه في
اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومنع حديث سعد وابو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق
الحديث المشهور وكذلك ابو يوسف لانه ترك هذا الاصل في بيع التمر بحديث سعد رضي الله عنه
واحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هذه الفصول وبين بيع الحنطة الرطبة والمبلوله الى اخرها وبين
الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواه فيها في اعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في
الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقا البدلين واحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد
عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقايل ان يقول هذا
انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه
لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو لا يتبدل **قال** رحمه الله ولو باع البسر بيع
البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما ينعقد صورته
ويجه به متساويا من حيث الكيل بيعه جائز بالاجماع وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الفا وتشديد
الرا وهو كم النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفري ليس
بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة **قوله** والكفري عددي متفاوت قيل هو جواب سوال
لو تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفري لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت
بالصغير والكبير ويتفاوت احاده في الماليه فلا يجوز الاسلام فيه بالجهالة **قال** رحمه الله
ويجوز بيع الزيتون بالزيت الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن لا يبخره يقال للعصير

الرطب صح

بدا صح

قيل انه تعريب شيره وهو تعريب شيره والمراد به هاهنا ما يتخذ من السمسم واعلم ان المجانسه بين الشيئين
يكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز
حنطه علكه بقفيز مسوسه من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول اعتبر الثاني ولهذا لم
يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالاخر فلا يخلو اما ان يعلم كميه
ما يستخرج من الزيتون او لا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمتحقق وهو بعض الزيت والبحر
ان نقص المنفصل من المستخرج من الزيت والبحر وحده ان تساواه على تقدير ان يكون البحر ذا قيمة
واما اذا لم يكن كما في الزبد بعد اخراج السمن اذا كان الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروي
عن ابي حنيفة والاول جائز لوجود المقتضي وانتفا المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن
بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقايل ان يقول السمسم مثلا بمثل يعلى
الشيرج والبحر فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم
مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي ومن حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا
لكل واحد من الدهن والبحر الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثه اكرار حنطة وكر شعير
او يكون احدهما اما الدهن والبحر منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب ان لا
يقابل البحر شي من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا
يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا **قوله** صرفا لكل واحد من الدهن والبحر الى خلاف جنسه
قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسيه حينئذ والدهن والبحر
ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بقوله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل
فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل لا يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا من الوزن او
خرج احدهما من الوزن لا باس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضيخان وبيع الغزل بالثوب جائز
والكرباس بالقطن كيف كان اجماعا وهذا يخالف ما روي عن محمد رحمه الله ان بيع الثوب بالقطن
لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا **قال** رحمه الله ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به
نصاب الاخر من الحيوان في الزكوه لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب
والمعز والضان فلا يبيع اللحم احدهما بالاخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف
بالاختلاف كالبقر والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي
ان المقصود من اللحم شي واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع
اصول مختلفه لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفروع ضرورة كالادهان وما ذكره من الاتحاد
من التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد
في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك
باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه
ببعض متفاضلا **قوله** اذا لم يتبدل بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع
والاجزا اذا لم يتبدل الاجزا بالصنعة فاذا تبدلت الاجزا بالصنعه يكون مختلفه وان كان
الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها
فكانه قال اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزا اذا لم يتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت
بالصنعة فلا يوجبه وانما يوجب لا اتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل
كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك يؤثر مع اتحادها مع اختلاف الاصل

فا

يجوز صح

في صح

كالدراهم المغشوشة المختلف الغش فيه كالحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها
متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول **قال** رحمه الله وكذا خل الدقل بخل العنب الدقل
هو اردى التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جايز يدا بيد وكذا حكم سائر التمور ولو كانوا يجعلون
الخل من الدقل غالبا اجرى الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا
كان عصيريهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف
المقاصد فجاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة
في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغيير والخلاف
المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود
واللفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم الا
متفاضلا لان المقصود منهما واحد فكان الجنس متحدا لانا لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد
يتخير حين لا يتخير لبن الغنم فلا يتحد القصد اليهما والاولى ان يقال قلنا اختلاف المقصود
قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم يقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف
الاصول فان الاصل ان يوجب اختلاف الاصول لاختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة
وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود
بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط
ما قيل ان شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود
جنسان فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح **قال**
رحمه الله وكذا شحم البطن بالالية او باللحم يعني بيع شحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها
اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصور
ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف
المعاني فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما يختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع
فكاملة الطب **قال** رحمه الله ويجوز بيع الخبز بالحنطة يعني بيع الخبز بالحنطة والدقيق
اما ان يكون حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقدا والاخر نسيئة فان كان الاول جاز
لانه صار عدديا او موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف
الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن ابي حنيفة انه لا خير فيه اي لا يجوز
والتركيب للمبالغة في النفي لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير وان كان
الثاني فلا يخلو اما ان تكون الحنطة او الدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه
اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند
ابي يوسف رحمه الله لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر قال المصنف والفتوى
على قول ابي يوسف وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي
يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب الاحتياط وقت القبض حتى يقبض من
الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند
ابي حنيفة عددا ووزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والغلظ والرقة وبالخباز
باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيجيء خبزه جديدا او عتيقا فيكون بخلافه
وبالتقدم والتأخر فان في اول التنور لا يجيء مثل ما في اخره وهذا هو المانع عن جواز السلم

عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا ووزنا وترك قياس السلم فيه للتعامل وعند
ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده **قال** رحمه الله ولا ربوا بين المولى
وعبده لان ربوا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته لان العبد وما في يده
ملك المولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا فعدم تحقق الربوا بعدم وجود البيع حقيقة في
دار الاسلام مشتملا على شرايط الربوا دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين يتحقق الربوا لان
ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق
الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه **قال** رحمه الله ولا بين المسلم
والحربي في دار الحرب لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله
خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا فانه
اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهما بدرهمين لم يجز وكذا اذا دخل المسلم ارض الحرب وفعل
ذلك لا يجوز لجامع الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روي عن مكحول
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان
مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من اخذه لعقد الامان حتى
لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله **قوله** بخلاف المستأمن جواب
عن قياسهما وتقريره ان المستأمن منه في دارنا لا يحل اخذ ماله الا انه صار محظورا بعقد الامان ولهذا
لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة والله اعلم

باب الحقوق

قيل كان من حق مسايل
هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير
المرتب فيما هو من مسايله وهناك هكذا وقع فلذا هنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسايل
البيوع **قال** رحمه الله ومن اشترى منزلا فوقه منزل لذكر ثلاثة اسماء المنزل والبيت والدار
وقسم لبيان ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى التصريح بما يدل على المرافق لدخولها وعدمها فالـ
الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يبات فيه
مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب فاذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه
منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتريه ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلاث بان يقول
بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر
احدى العبارات الثلاث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك ودخل
فيه العلو والكنيف وهذا لان الدار اسم لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من
توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص
بذكره والا كان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف
باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية هنا ان يكون اللفظ الموضوع
لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسألة في
معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية
المستعير اصلا ولا تبعا ولا اصالة وانما ملكه الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه
لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا عن وقوع التغيير به والمكاتب لما اختص بكاسبه
كان حرا يتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة
واما المنزل فلما كان يشبه كلا منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند

عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في ذلك جميعه اي
الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمي خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن
له مدخل في الدليل ويتاول معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو عن علو والبيت يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال
من حيث اللغة علي عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه
من توابعه ولا يدخل الظله وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه علي الدار المبيعة والطرف الاخر علي دار
اخري او علي الاسطوانات في السكة ومفتحه من الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب وقول
الفقه ظلة الدار يريد السدة التي فوق الباب لا يذكر ما ذكرناه وهو قوله بكل حق هو له عند ابي
حنيفة لانه مبني علي هو الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شي يعني
من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار ضعف تعريف قاضي
خان للظلة لانه جعل المفتح في الدار **قال** رحمه الله ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا ومن
اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدي العبارات المذكورة وكذا الشرب
والمسيل لانه خارج الحدود لانه لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الي الاول ودخل بذكر التوابع اي بقوله
كل حق نظرا الي الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار
الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة لسعفه لتمليك المنافع ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به
في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار وان لطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل
لا يتحقق اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفايدة المطلوبة منه
واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير
والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل
واحد وتناول المذكور وقد يستاجرها ايضا وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فحصلت
الفايدة المطلوبة

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب
الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعني **قال** رحمه الله ومن اشترى جارية فولدت عنده ومن
اشترى جارية عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها
لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا قام بها ولم
يجل البيع رجع المشتري بالثمن علي البايع ويرجع الباعة بعضهم علي بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد
كان متصلا بها وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية
علي الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لابد له من مخبر
به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر
علي الحال فلا يظهر ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري علي البايع بالثمن ولا الباعة
بعضهم علي بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر له
كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضي بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضا بالام تبعا
ام لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضا بالولد علي حدة لانه يوم القضا منفصل عن
الام فكان مستقلا اي لا بد من الحكم له قيل وهو الاصح لان المسايل تشير الي ذلك قال محمد رحمه الله اذا
قضي القاضي بالاصل ولم يعرف الزوايد تحت الحكم ولد الولد فاذا كان في يد رجل غايب فالقضا بالام
لا يكون قضا بالولد **قال** رحمه الله ومن اشترى عبدا فاذا هو حر رجل فقال لاخر اشترني فاني
عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يكون يخلوا اما ان يكون البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة واما ان

يكون

يكون غايبا غيبة منقطعة لا يدري اين هو فان كان الاولى فليس له علي العبد شي وان كان
الثاني رجع المشتري علي العبد والعبد علي البايع وان لم يقل المشتري اقر فان ذلك ولم يقل اني عبد
ليس علي العبد شي في قولهم وان قال ارتهني فاني عبده فوجده حرا لم يرجع المرتهن علي العبد بحال
اي سوا كان العبد الراهن حاضرا او غايبا اي غيبة كانت وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع علي
العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد ان يكون بالمعاوضه او بالكفالة وليس
شي منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد
وهي المسئلة الثانيه ولهما ان المشتري اعتمد في شرايه علي امره بقوله اشترني واقراره
بالعبوديه بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحريه فيجعل اقراره بالعبوديه علي [illegible] المشتري بذلك
والمعتمد علي الشي بامر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض
جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولي اذا قال لاهل السوق هذا عبدي قد
اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون علي المولي بديونهم
بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد يظهر بحريته اهل للضمان
فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه علي البايع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما يعرف مكانه
قوله والبيع عقد معاوضه انما صرح به مع كونه معلوما من قولها ان المشتري شرع
في الشراء تمهيد الجواب عن الرهن وان هنا ما يبان اختصاص وجوب ضمان الغرور بالمعاوضات
ولهذا قالوا ان الرجل اذا قال لغيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فاخذه
اللصوص لم يضمنوا اموالهم [illegible] الخبر [illegible] الا انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام
فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضه واذا عرف هذا ظهر الفرق بين
البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفا عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف
والمسلم فيه واذا هلك يتم به الاستيفا ولو كان معاوضة لكن استبدالا براس مال السلم وبالمسلم
فيه وهو حرام وان الركن [illegible] معاوضه لا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا معتبر بقوله
فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال علي قول ابي حنيفة وهو ان الدعوى شرط في حرية
العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد لما قال اشترني فاني عبد لما ان يدعي الحرية
اولا والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد رحمه الله فاذا العبد حر يحتمل
حرية الاصل والحرية بعتاق وعارض فان اراد الاول فله وجهان احدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى
ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم يحتاجون الي تعيين الام وبعد
ذلك تحرم عليها وتحرم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام علي مولاه حراما وحرمة الفرج
من حقوق الله تعالي والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة وان لم يكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض
مانعا والثاني ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكنه بعد
في التناقض لخفا حال العلوق وكل ما كان مبناه علي الخفا فالتناقض فيه معفو كما يذكر وان اراد الثاني
فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لاستبداد المولي به
فربما لا يعلم العبد بحالة فقد يعتق ثم بعد ذلك كالمختلعة يقيم البينة علي الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها
تقبل منها لان الزوج يتفرد بالطلقات فربما لم يعلم المراة حالة الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لان
فيما دونه امكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي ابتنته المراة ببينتها
قبل يوما او يومين واما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها علي الاعتاق قبل الكتابة

ثم المراة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعدما قامت البينة على ما ادعياه **قال** رحمه الله ومن ادعى حقا في دار ومن ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشي لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شي ثم رجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم يسلم فيقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسالة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا يفضي الى المنازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليس بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا يصح للجهالة ولهذا لا يقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ يصح ويقبل البينة والله اعلم بالصواب

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق بقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفا لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفا خطا **قال** ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شا اجاز البيع وان شا فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور وكان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا اجاب بان الحكم يثبت بعد ردليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما نذكر افاده حكما موقوفا كما ان السبب البات افاد حكما باتا وان السبب انما يلغو اذا خلا عن الحكم واما اذا تاخر فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا واما وجوب القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغا واما المشتري فظاهر فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجد اجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف والاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذا العجز عن التسليم الا ترى بيع الابق والطير في الهوا لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة قال ثنا ابرهيم قال ثنا محمد بن ميمون الخياط قال ثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحسن

عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجا بشاة ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه لا يقال كان عروة البارقي وكيلا مطلقا بالبيع والشرا لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته الا بنقل والمنقول انه عليه السلام امره ان يشتري له اضحية ولو كان النقل على سبيل المدح له قال قيل هل يجوز شرا الفضولي كبيعه اولا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي اذا قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتدا بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير **وقوله** لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضا الغير والى هذا الوجه اشار المصنف بعد بقوله والشرا لا يتوقف على الاجازة **وقوله** وله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف لغير عينه واما ان يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان اجازة حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكرنا ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشيا ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينقد البائع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع من وجه مشتريا والشرا اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان الحقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يتحرز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا يرجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المراة نكاحه قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل قد وطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجازه صح والا فلا مع فضوليته وبتوقف عملها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطرا للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقا راجح اذ الاصل البقا ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشرا فلا يصلح فيه حجة **قال** رحمه الله ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قبل جرت المجاوزة في هذه المسالة بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق

بهما

ان صح

عنه

خوصر

زة

جايز وصورتها ما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المالك البيع ٥
فالعتق جايز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق
بدون الملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك ههنا الا الموقوف فلا يسد
الملك في الحال وما يثبت في الاخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح
للاعتاق اذ المصحح له هو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ما رويناه ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه
جايز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل واستوضح المصنف بفروع
تؤسس ذلك وهو قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق
بدون الملك و **قوله** ولا ان يعتق المشتري في الخيار للبايع ثم يجيز البايع وهو راجع الى قوله
والموقوف لا يفيد الملك و **قوله** وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب
اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع فكذلك الاعتاق ينبغي ان يكون كذلك مع
ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ
عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره اولى و **قوله** وكذا لا يصح اعتاق المشتري من
الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك فيه يثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا
على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه يثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك
ولانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما الاعتاق فيجوز ان يتوقف على ذلك بالقياس
على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة
وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في ملك موقوف
وهذا ابعد من الاول ذكره المصنف للاستظهار به واحترز بقوله الاول المطلق عن البيع بشرط الخيار
وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب
محمد عن المسايل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب ليس بـ
موضوع لافادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال
لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ
عتقه لما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام
التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال في هذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند
به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوايد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون
العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا
استحق الزوايد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضافا اي غير موضوع لافادة
حقيقة الملك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى الملك بل يكفي فيه حكم الملك
والغصب يفيده و **قوله** وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبايع جواب عن المسألة الثانية فان
البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فانه بقوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا
وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد ولكن يكون في حق
الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله و **قوله** وبخلاف المشتري من الغاصب
جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لانه بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرى على ملك موقوف
لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين
الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جايزا وان طرا الملك الذي يثبت

للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني ان طرو
الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مبطلا لكان ما نحن فيه على الموقوف لان الدفع
اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان
يجب ان يمنع بيع الفضولي وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب
ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف
غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود اما المالك اذا
اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات
والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي
الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرو الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك
طاريا حتى يتوجه السؤال و **قوله** اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة وتقريره اما
اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب
الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى قال المصنف وهو الاصح
ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا يستند للغاصب
كما تقدم فكيف يستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت
العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا بالحقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت
العقد **قال** رحمه الله واذا قطعت يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب
واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري
من وقت الشرا لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو
حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن
في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا اذا كل ما احدث بالجارية
عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه قد تقرر
فيها والكسب والارش والولد لا يملك لا يملك الارش واعترض بما اذا غصب عبدا وقطعت
يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون والفضولي اذا قال لامرأة رجل امرك ٥
بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان يثبت
المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ٥
ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله
في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شي ان يجعل معلقا بالشرط لا سببا
من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب متاخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت
الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة ٥
فعندها يصير كانه وجد الان فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه ان يكون
الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن للمشتري
شي من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر
اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده
واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار
للبايع ثم اجاز البيع فان الارش لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري

للغاصب

لنفوذه

لا اصح

فيما اذا كان الخيار للبايع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهايه وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا اقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل ضمانه لان الارش اليد الواحدة في الحر نصف الديه وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم اوفيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى قطع وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي انه لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزايد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى نوع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين **قال** رحمه الله فان باعه المشتري من اخر يعني ان باعه المشتري من الغاصب من شخص اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان بالاجازة ثبت للبايع ملك بات والملك البات اذا طرا على ملك موقوف لغيره ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على عدم اعتبار الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فيرجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع اصلا لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما قلتم فيتحقق بخلاف الاعتاق وعند ابي حنيفه تخريجه فسالم عما يعارضه اذ المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا اخر فيجرد البيع الثاني عن عوضه لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق وعند ابي حنيفة وابي يوسف لانه لا يوثر فيه الغرر الا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح **قال** رحمه الله فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت او القتل لامتناع ايجاب البدل له لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع قايما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل فان البدل للمشتري **قال** رحمه الله ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري رد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البايع ذلك فاقام المشتري البينة ان ربه لم يامر البايع ببيعه لا يقبل بينته لانها تبنى على صحة الدعوى فان تصح الدعوى صحت البينة والا فلا وهنا ان بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشرى وان المبيع ملك البايع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشرا وان البايع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزم صحتها لقبول البينه وان اقر البايع بذلك

اي بانه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا ترى ان من انكر شيا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا تنفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المصنف مسالة الزيادات نقضا على مسالة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد وصدقه المشتري على ذلك ثم اقام البينة على البايع انه اقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وان تناقض في دعواه قالوا وفرقوا اي المشايخ بينه وبين الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المساله اي في مسالة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي مسالة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل وفي هذا الفرق نظر لان وضع المسالة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البايع قبل البيع في مسالة الجامع الصغير فلم يقبل للتناقض وفي مسالة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهايه ولم يتضح لي فيه شي سوى هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشرا ولم يعلم باقرار البايع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق فاجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبايع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسالة الجامع الصغير لانه لا يفيد فايدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه **قال** رحمه الله ومن باع دارا لرجل قيل معناه باع عرصة غيره بغير امره وادخلها المشتري في بنايه وقيل يعني قبضها وانما قيده بالادخال في البنا اتفاقا لم يضمن البايع اي قيمة الدار عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهو مسالة غصب العقار على ما ياتي ان شا الله تعالى والله اعلم

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين واحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغه عبارة عن نوع بيع تعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقها هو اخذ عاجل باجل قيل فهو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة شرايط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن موجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع اجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الاخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والاخر المسلم اليه والحنطه المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرايط جوازه سنذكره في تضاعيفه ان شا الله تعالى **قوله** السلم عقد مشروع بالكتاب دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين موجل فاكتبوه وفايدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل

ان يكون معلوما وجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول اية في كتابه وتلى قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم الاية فان قيل الاستدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به **قوله** والمضمون صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ومعناه الواجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم ان المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص **قوله** وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محاله فان قيل من اسلم شرط منه وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستند له به على جوازه في المكيلات والوزنيات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيها ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن موجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود في المعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمهما الله وهذا الاختلاف فيما اذا اسلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير فيمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم موجلة بناء على انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لا يكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فيه فلا يكون صحيحا **قال** رحمه الله وكذا في المذروعات لانه قد يمكن ضبطها به اي وجواز المسلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقا بهما وعلى هذا التقرير ما قيل الشي انما يلحق لغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها **قوله** لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب انا لا نسلم صلاحيته ما ذكرت للتخصيص لان القران شرط له وهو ليس بموجود وسلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت احادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما يباع جوز بفلس واخر بفلسين وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت

احاده تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الاحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف ويويد ذلك ما روي عن ابي حنيفة رضي الله عنهم ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها اي في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار من يعرف بالعدد واخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا **قوله** وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفه وابي يوسف واما عند محمد فلا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا بطلت الثمنية صارت مثمنا يتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القايل يحتاج الى الفرق لمحمد بين السلم وهو ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما انعقاد مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز اذ الاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين **قال** رحمه الله ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمين والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عليه السلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون الفرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ويزيد احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشرا البعير ببعيرين كان قبل نزول اية الربوا وكان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فيحتمل ان كان من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القبض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك **قوله** وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواز ما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي تؤكل واالسلم فيها لا يجوز عندكم ونقرير انجواز عدم السلم عندكم في الحيوان ليس بكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا بما قال انه نهى عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يصلح لمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر في كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود رضي الله عنه اردد مالنا ولا تسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان القلايص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا بما قال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير

لان ذكر لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة **قال** رحمه الله ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالاكارع والرؤس من الكراع بيادة ولا الركب من الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا يقدر له ولا في جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيقضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه انه عددي بحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكره في الذخيرة وان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء الجهالة والمنازعة حينئذ ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا بضم الجيم بعدها زاء منقوحة وزاي وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** رحمه الله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا به وجود السلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيهما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث والرابع فاسد وعندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك رح والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه السلام شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع هو الذي لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مفيد وزعلية بالاكتساب وهذه الحجة عليهما واعترض بانه اذا كان العقد موجودا اكتفى بوجوده الحديث واذا وجد عند المحل كان مفيد للتسليم فلا مانع عن الجواز اجيب بان القدرة انما تكون موجوده فاذا بقي لعافته حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بالحياة ثابتة فسقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل انا الكمال في النصاب ليس بشرط في اثنا الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا تحمله ووجوده شرط لوجود المسلم فيه كذلك **قوله** ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شا فسخ العقد وان شا انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض في بقا العقد والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقايها كالعبد الابق وفي قوله العجز الطاري على شرف الزوال اشارة الى الجواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير محل الزوال عادة فكان القياس فاسدا **قال** رحمه الله ويجوز السلم في السمك المالح السمك عددا لا يجوز لما كان او مالحا للتفاوت ووزنا اما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك

وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار وقيل تقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديه وهو المقدد الذي فيه ملح فساد ولا يعتبر بقول الراجز له بصره روحت بصبر ما يطعمها المالح والطري الانه مولد لا يوخذ بلغته قال الامام الزرنوجي كفى بذلك حجة للفقهاء **قوله** ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كساير الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه العلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تامل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه لو صفة يمكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر فاما فيما تقتنى وتحبس للتوالد فيجوز عند الكل الا انه ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوي وجه الناقل ولابي حنيفة طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا ترى انه يجري في المماكسة بين البايع والمشتري في ذلك بالنزع والنزع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا يرتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا موجلا ولا يدري انه عند المحل على اي وصف يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح **قوله** والتضمين بالمثل جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين فيعني عن الاستقراض حال فيعرف حال المقبوض ولا يفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به **قال** رحمه الله ولا يجوز السلم الا موجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي استدل باطلاق قوله ورخص في السلم لانه يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما موجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيد ابحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شي واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا مقدر الى اجل معلوم ان كان موجلا فالجواب ان قضية العقل كفت مونة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور للضرورة تحمله لا للضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل الا بقاء العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لاجله لا لقوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال

على النسق والكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتأمل ولان السلم شرع رخصة لرفع رخصة
حاجة المفاليس والقياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع كذلك فلا بد وان يشتمل على
ما يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم حالا ليس كذلك لان دفع الحاجة
يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة
فلا دفع فلا رخص فيبقى على النافي وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل الثمن المسلم فيه
والا ادى الى النزاع المحوج المفلس على موضعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم
لما جاز لمن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقته
امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة
المسافر قوله ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم فلا بد من كونه معلوما
بما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع هذا يطالبه بمدة قريبة
وذاك يؤديه الى بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسألة كتاب الايمان
حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر فهو بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم
العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام وهو ما ذكره محمد بن ابي عمران
البغدادي باسناد الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمة بيان اقصى
المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل
ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول
اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان قال رحمه الله ولا يجوز
السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره
لان التسليم في السلم متأخر وربما يضيع المكيال والذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال
اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك او باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا باس به لكن التحرز
الامن من المنازعة وقد مر يعني في اول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان
القبض متعجل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من
حديد او خزف او خشب او نحوها اما اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لان فعليلا بفتح الفا
ليس من ابنيتهم والجواب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف استحسن
في قرب الماء وهو ان يشتري من سقا كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل قال رحمه الله ولا
في طعام قرية بعينها او نخلة بعينها وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمر نخلة بعينها لانه
انقطاعه عن ايدي الناس بعروض افة موهومة فينبغي القدرة على التسليم اشار الى ذلك قوله
صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمر نخل فلان اما من ثمرة حائط فلان فلا ارايت لو اذهب الله
الثمر ثم استحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام منعا بطريق التعليل لعدم الجواز
في ثمر قرية بعينها وقوله مال اخيه اراد به راس المال اي لو لم يحصل الثمرة فبأي طريق يحل راس المال له
للمسلم اليه ولو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان صفة تلك الحنطة التي هي
المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارى والساخي بفرغانة جاز العقد
فان تعيين الخشمراني ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا بمثل
صفة حنطة الخشمراني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة وبين
ما اذا اسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول بان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس

السلم فيه لا لتعيين جنس المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فيسوا النسج على تلك
الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر
رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما ينبت بارض هراة والنابت في غيرها لا يسمى
بها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة
جاز كالاول قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جواز السلم موقوف على وجود
سبعة شرائط عند ابي حنيفة وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم
كحنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض
التي سقيها بالسماء لانها منحوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة او رديئة ومقدار معلوم عشرين
كرا بكيل معروف وعشرين رطلا واجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما رويناه من قوله
صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الى اخره ومن المعنى الفقهي ما مر ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما
المختلف فيه فمعرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود
وتسمية المكان الذي يوفيه اذا كان له حمل بفتح الحاء موزونه ومعناه ما له ثقل يحتاج الى حمله
الى ظهر او اجرة حمال فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما
خلافا لهما قالا في المسالة الاولى المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل او
الموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفي
بالاشارة في راس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان راس المال ثوبا فان الاشارة فيه يكتفى اتفاقا
وان لم تعرف ذرعانه ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم
ولا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر راس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق
راس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعضه زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما
رده فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه
مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها قال او ربما وجه الاخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد
يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم الا راس ماله واذا كان مجهول المقدار بعد رد ذلك فان
قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص اجاب المصنف بان الموهوم في هذا العقد
كالمحقق لشرعه مع المنافي والقياس يخالفه الا ترى انه لو اسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم
هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر ادنى الاجل اكثر من نصف يوم
فان قيل في هذا اعتبار النازل عن الشبهة لان تبعض راس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا
يكون كذلك وبعد ما وجد الرد محتمل بعدم الرد وترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا احتمال
والمعتبر هي دون النازلة عنها فالجواب ما تقدم او للعنى من الموهوم هو ذلك وقيل بل هذه
شبهة واحدة لان كلا منهما مبني على وجوده زيفا والاول الاظهر قوله بخلاف الثوب جواب
عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان الذرع في الثوب
المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا على المسلم سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط
شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما تعلق العقد على مقداره فكان
قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان
برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار
راس المال ما اذا اسلم مائة في كر حنطة وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز

عند ابي حنيفة لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون
مقدار راس المال من كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد
وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما دون الاخر فانه لا يجوز عنده
لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز وفي حصة الاخر ايضا
لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقالا في المسالة الثانية
ان مكان العقد يتعين في الايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما
في بيع حنطة او شعير بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه مكان اخر لعدم
ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كاول اوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للعبادة لعدم
ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعين امكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما
وهو في السواد فانه روي عن محمد ان المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلم
فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل
العقد ببيان مكان اخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد
عقد شرائه في المصر او خارجه بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين
للتسليم اذا كان المبيع حاضرا بحضورته وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكر في التعليل ومثله يعد
انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء الصريح بخلافها يبطلها وانما فسد في بيع العين
لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة ان التسليم غير واجب
في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد
فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام
ليكون الحكم ثابتا على وفق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض
والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال ارايت لو عقدا عقد
السلم في السفينة في لجة البحر اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا انما يقوله
عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء فمكان الايفاء مجهول جهالة تفضي الى المنازعة لان قيم
الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلمه في خلاف
ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم ولاختلافهما فلا بد من البيان وعن هذا الذي ذكرنا ان جهالة
المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف
في الجودة والرداءة في احد البدلين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم
اليه وعندهما يوجبه لان تعين المكان قضية العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة
الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشترى
شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ○
ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو اختيار شمس الائمة لان
الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استاجر دارا او دابة بمكيل
او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة
الدار مكانها وفي الدابة اسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا واخذ احدهما اكثر من
نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان
الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال رحمه الله وما لم يكن له حمل ومؤنة

لا يحتاج

لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء قد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل
وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل
هو ما يمكن رفعه بيد واحد واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف
القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع والبيوع الاصل يتعين
لانه موضع الالتزام فرجح على غيره وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن
كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز
ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب فيتعين باعتبار
فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف ماليته باختلاف ○
الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل
ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف
المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل يعني السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا
لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة الى
المنازعة قال رحمه الله ولا يصح حتى يقبض راس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه
على الصحة اذا لم يقبض راس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه
بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد
اما اذا كان راس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي
بالكالي اي النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان
عن التعجيل والمسلم فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم
لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا
وجه الاستحسان والقياس جوازه لان العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد الى
بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه
فيقدر على التسليم ولهذا اي ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما
او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك
والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع من المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية
لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما اخذه عين فلو
رد المأخوذ الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدته
لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله
العقد فينفسخ قيل فيه نظر لان احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به راس المال او المسلم
فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في راس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به
السلم ولا الى الثاني لانتفاء التقريب لانه في بيان اشتراط قبض راس المال قبل الافتراق وثبوت
الخيار وفي المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا والثاني ان البيع في الاستصناع
دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب ان الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره
استطرادا ويجوز ان يعود الى راس المال وهو ان كان دينا في الذمة يتسلسل ولا يتعدد وان كان
عينا وجب ان لا يفيد لاتصاله الى التهمة وعن الثاني ان الاستصناع المعقود عليه في الاستصناع
دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه

بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل
الافتراق فلا يخلو اما ان يكون راس المال قايما او لا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لانه ابتدا
براس مال وهو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقا اسهل من الابتدا والجواب
انه انما في فالتشكيك فيه غير مسموع فان كان الاول جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى
اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جايزا عندنا خلافا لزفر **قال** رحمه الله وجملة
الشروط جمعوها جمع المشايخ جملة شروط المسلم في اعلام راس المال وهو مشتمل على بيان جنسه
وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو
يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدرة وفي تاجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم
بيان مقداره وفي بيان مكان الايفا كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم
مايتي درهم في كر حنطة منها دين على المسلم اليه ومايه نقد فالسلم في حصة الدين باطل سوا اطلق المايتين
ابتدا او اضاف احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرايطه ولا يسع الفساد
لان الفساد طاري اذ السلم وقع صحيحا اما اذا كان اطلق ثم جعل المايه من راس المال قصاصا بالدين
فلا اشكال في طروه كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طاريا
فلا اشكال في طروه كما لو واما اذا اضاف الى الدين ابتدا فلذلك ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق
صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود فكذا اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد
سوا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد
السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله مايه
منها دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما **قال** رحمه
الله ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في راس المال قبل القبض لانه شرط
صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي ولو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط
وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع
والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا باس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشترى
فراس المال ان كان مثليا جاز ان يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذلك الثمن ولا يجوز
الشركة وهو ان يشترك شخصا آخر في المسلم فيه ولا التولية وصورتهما ظاهرة وانما خصهما
بالذكر بعد ما دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوصية وقيل للاحتراز عن
قول البعض ان التولية جايزة لانها اقامة معروف فانه تولى غيره ما تولى فان تقايلا السلم لم يكن
لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تاخذ الا سلمك او راس مالك يعني حالة البقا وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبها
بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والسلم
فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل راس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان
ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن
ان يكون الدين معقودا عليه ابتدا فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن لكن انتهاء
فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا اثبت شبهة بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض
فكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض راس المال في المجلس اعتبارا للانتها ٥
بالابتدا اجاب بقوله لانه اي لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتدا من كل وجه لانه بيع في حق

الكل

الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني لان
وان سبب وهو ان اشتراط القبض في الابتدا كان للاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط
بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتامل يجيب عن هذا السوال لان راس المال اذا صار
معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسوال موجب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى ان
يتوهم نظرا الى كونه راس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في معرض الدليل على انقلابه معقودا عليه
حيث لا يجب قبضه ولو بقي راس ماله لوجب كان ادق على طريقه **قوله** في اول الكتاب ويجوز باي
لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة **قوله** ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم بهن فلول من قراع
الكتايب **قوله** وفيه اي في جعل راس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر هو يقول راس المال بعد
الاقالة صار دينا في ذمة المسلم اليه فجاز الاستبدال به كساير الديون قلنا جاز بهذا الدين والحجة
عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول **قال** رحمه الله ومن اسلم في كر فلما حل الاجل رجل اسلم
في كر من الحنطة وهو معنى قوله فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه
قضا لحقه لم يكن قضا حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وان امره بقبضه
لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمع صفقتان بشرط الكيل الاولى
صفقة المسلم اليه مع بايعه والثانية صفقة مع رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل
المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سنبين **قوله**
والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شرا المسلم اليه من
بايعه فلم يكن للمسلم اليه بايعا بعد الشرا فلم تتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي وتقريره القول
بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتدا البيع لان المسلم فيه
دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة
الاستبدال للضرورة فلا يتحقق فيما وراه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشرا بشرط الكيل وقد اجتمعت
الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان كان لكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكر ففعل جاز لان القرض
اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشي بجنسه نسيه وهو ربوا ولهذا لا
يلزم التاجيل في القرض لان التاجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا
يجتمع الصفقتان وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد
قال رحمه الله ومن اسلم في كر فامر رب السلم رجل اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه
في غراير رب السلم ففعل وهو اي رب السلم غايب ولم يكن له في غرايره طعام فانه لا يكون قضا فلو هلك
هلك على المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر اذ حقه في الدين لا في العين فلا يصلح الامر
وصار المسلم اليه مستعيرا للغراير من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم
دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع
غرايره الى البايع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غايب صار قابضا لانه ملكه بالشرا لا محالة
فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البايع وكيلا عنه في امساك الغراير فيقبض الغراير في يد
المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري **قوله** الا ترى توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا امره
بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشرا للمشتري وان امره ان يصبه في البحر في السلم ففعل
هلك من المسلم اليه وفي الشرا من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته

الكل

موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما صح امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكيل في الشراي الصحيح لان البايع نايب عنه في الكيل فان قيل البايع مسلم فكيف يكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع في غراير المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربوا ولو امر المشتري البايع ان يكيله في غراير البايع ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرايره ولم يقبضها فلا يصير الغراير في يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البايع لان البيت بنواحيه في يده فلا يصير المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض قوله ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا اخر بعينه ودفع غرايره اليه ليجعل الدين اي المسلم اليه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البايع من ان يجعل فيهما اولا الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك وكان فعل المامور كفعل الامر ورد بانه لا يصلح نايبا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا واما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صايغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والصبغ اتصلا بملك المستاجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المامور يجعله في الغراير مستعيرا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة رضي الله عنه فينفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الامر به قابضا هو الذي كان ماذونا به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به حرما واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فيكون الدليل اعم من المدعي ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة الممانعة فكانه قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شا فسخ البيع وان شا شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما **قال** رحمه الله ومن اسلم جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولا تبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقا العقد وذلك ببقاء المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقايه واذا صح ابتداؤه صح انتهاؤها لان البقا اسهل من الابتدا واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين كان قايما ولا يرد ما قيل الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح **قال** رحمه الله ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فزكان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه

باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم يشترط شيا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من يشهد له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال بل الامر بالعكس فان النقد افضل من النسية وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقلهم وشدة تحرزهم على الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع استغنايهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك اقوى دليل على ربو المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصور فمنكر الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكر المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير والمتاخرون من المشايخ قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة قوله وسيقرره من بعد يريد به ما يذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للعقد والمطابق ويقرره ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على راس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فان السلم الحال جايز عند الشافعي رحمه الله واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد راس المال فلا يكون النفع برد راس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بنا المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة لرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت الصحة لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه منكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه بانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال الفاسد ليس بعقد اخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا من الوجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد

التزام بشرايطه والاجل من شرايط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعد ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها بنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدعي لعقد والمدعي للفساد مدعي لعقد اخر خلافه و وحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المرد ودلو حدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف بكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا ولان المضارب يدعي استحقاق شي في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف عن الوجه بالتزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا اخر وعن غيرها بغير اللزوم ولا نقلابه عقدا اخر عند الاختلاف فان قيل هذا التعليل الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان التعليل المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وردا عليه لان رب المال انما يثبت له بقوله شرطت نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسمائة على ما سياتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل يختص بهذا الكتاب وجهد المقل دموعه **قال** رحمه الله ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جايز اذا بين الطول والعرض والرقعة فقال رقعة هذا الثوب جيد يراد غلظه وكاسه لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لابد من ذكر وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف فلابد من ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يا تي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة واما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الايمة السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة

قال رحمه الله ولا يجوز السلم في الجواهر العددي كالذي يتفاوت احاده في المالية كالجواهر واللالي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضايه الى النزاع وفي الذي لا يتفاوت احاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللولو التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية ولا باس بالسلم في اللبن والاجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب **قال** رحمه الله وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشتمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة المسا

الحريه فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا باس بالسلم في طست او قمقم او خفين ونحو ذلك اذا اجتمع فيها شرايط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز خير فينتفي **قال** رحمه الله وان استصنع شيا من ذلك بغير اجل جاز الاستصناع هو ان يجي انسان الى الصانع فيقول اصنع لي شيا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضه او لا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون فيما فيه تعامل او لا والاول اليه اشار بقوله شيا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم وخفين ولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجي والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل اليه اشار فقوله بغير اجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت في التعامل لان الناس في ساير الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فانه فيها للناس تعامل وهو فاسد عند ابي حنيفة لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلف في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا اثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الروية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحايك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الا ترى انهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم يرى كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجيب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلاة لئلا ينقضي عليها الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع المعدوم جعل موجودا والمعقود عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكره في جامع قاضي خان واجيب بان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الروية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة اجيب بان الصبغ اصل والصبغ الته فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستاجر وههنا هو الاصل هو العين المستصنع الا يا خيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره وهو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منهما خلاف ذلك **قال** رحمه الله وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه اي المستصنع بعد الروية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بايع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له

استصناع

من بيان صح

وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك
دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط
وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله
بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله
الا ترى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم ياخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل
برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضاء على ظن ان المستصنع مجبور على القبول فلما
علم الخسارة بعدم رضاه فاذا قيل ذلك الجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب
بان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار
الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرايض التي لا بد لاقامة
الدين منها لا في خياره لاجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة ثم
بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان لها الخيار بطل خيارها فالان الجهل في دار الاسلام
ليس بعذر مع انه ليس من الفرايض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا
تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاله على القياس السالم عن معاوضة الاستحسان بالاجماع
وقوله بغير اجل احترازا عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما
عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد
بضرب الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال على ان يفرغ غدا
او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني
ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من الصانع
فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرايط السلم المذكورة لهما
في الخلاف فيه ان اللفظ حقيقة للاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون
سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو محكم وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس محكما فيه
بل ان يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول كالخلاف
ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم
وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال وان كان
محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع
نوع شبهة يريد به ان فعل الصحابة رضي الله عنهم في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت
بآية المداينة والسنة دون الاستصناع والله اعلم

مسايل منثوره

اي هذه مسايل من كتاب البيوع شذت عن ابوابها ولم يذكرها فاستدرك بذكرها هاهنا
قال رحمه الله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جايز
معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة
والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير
المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب
عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف ان
بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه
وامر بقتله قلنا كان ذلك قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد والماشية او للزرع وقال

الشافعي

الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام
والبغي هي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك الحاق التاء بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس
العين بدليل نجاسة سوره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة
تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكان بينهما تناف والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا
ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس
المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلب مطلقا والدليل يدل
على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكره لابطال شموله العدم الذي
هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو
بن العاص انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه
بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس بن ... عن ابن جريج عن عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا
مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور
والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فالعقور
فكان مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه
وذلك لا يدل على مالية عينه كالادمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني ان
شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب
تبع لملك العين لا قصدا في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى
الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يوكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا
فثبتت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الحرز لا تدل على رفع الحرمة
فيما عداها كاباحة لحمه حالة المخمصة واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد
والنمر والذيب بخلاف الهوام الموذية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها
قوله والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره
ما روي عن ابرهيم انه قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في ثمن كلب الصيد
وذلك دليل على نقد ونهي انتسخ فانهم كانوا الفوا اقتناء الكلب وكانت تؤذي الضيفان
والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا
للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث
الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز ان يقال الحديث منتشر للالزام لانه قال ثمن الكلب
والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة قوله ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله
بالمعقول بالمنع فان تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك
ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجي **قال** رحمه الله ولا يجوز بيع
الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير غير جايز يعني انه باطل لعدم وقوعها بيعا وثمنا وما يترتب
على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم
بيعها واكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا
من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية
من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله

لا له

للسلم صح

عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها
واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم
بيعها واكل ثمنها **قال** رحمه الله واهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لا يجوز
بين اهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسية ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم
بالدرهمين يدا بيد ولا نسية ولا الصرف نسية ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد الا
كيلا فيما يكال او وزنا اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف
على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين ولانهم مكلفون بحي في المعاملات بالاتفاق ويحتاجون الى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين
ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب
المشروعة ومنها فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما
كالعقد على العصير والشاة في كونهما اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا بتركهم وما يعتقدون
ودل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال يا هؤلاء انه ليعني انكم تاخذون في
الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها
بيعها ثم خذوا الثمن منهم **قوله** ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان
من اخر شرى عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف
فيجي اخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة
من الثمن سوى الالف فهو جائز وياخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل
من الثمن جاز البيع بالف ولا شي على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل المار ان الزيادة
في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه اي الالحاق يغير العقد
من وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة
شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فصار بالفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا
يدخل في ملك المراة في مقابلته شي فجاز اشتراطه على الاجنبي فهو لكن لا بد من تسمية
الزيادة ليتحقق المقابلة صورة وان كانت معنى ليخرج عن صيغة الرشوة فاذا قال من الثمن وجد
الشرط فيصح فاذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال والرشوة
حرام لا يلتزم بالضمان واعترض بوجه الاول كيف يجب شي من الثمن عليه ولم يدخل
في ملكه شي من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على
المشتري وتخلصه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان الاصل ان الثمن لا يجوز ان يجب
على الاجنبي والمبيع لغيره فلذلك الزيادة والفكر الزائد في اصل المسئلة عن هذه الاسولة والجواب
عنها ولا باس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال اذا كان يعوض فهم اصل الكلام فجوابه
تكراره وذلك انا قد بينا ان حصول الثمن قد يستغني عن ان يقابل بالمال الجزء فجاز ان يكون
بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة
فيكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع
واذا جاز ذلك يطلب ثمن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يتوجه الطلب على
المشتري وظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابله شي من المال فلا يكون
كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم من وجوب شي

في مقابلته

في مقابلته وقع في الكتاب بحرف الى ذلك وهو قليل جدا قيل اذ اورد مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد
اضافة الخمسمائة الى الجزء في المضاف اليه على حذف مضاف اي الى مجمل خمسمائة **قال** رحمه
الله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها رجل اي المشتري جارية ولم يقبضها حتى
زوجها رجل فوطئها الزوج جاز النكاح لوجود سبب ولاية الانكاح وهو الملك في الرقبة
على الكمال وما ثمه مانع عن الجواز الا ان النهي عن التصرف في البيع قبل القبض انما يكون عن تصرف
ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون
قبضا لان الوطي لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطاها الزوج فليس اي مجرد التزويج
قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه تعييب حكمي من
مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري
اذا عيب المعقود عليه صار قابضا كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقا العين
وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل واتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا
وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا **قال** رحمه الله ومن اشترى عبدا فغاب المشتري رجل
اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه
لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا اقامها فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة
او لا فان كان الاول لم يبعه في الدين لامكان وصول البائع الى حقه بدونه وللبيع في البيع ابطال
حق المشتري وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر
على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيظهر كذلك وهذا لان العبد في يده والقول
قول الانسان في ما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقر به لغيره كان ملاحظا يحكم اليد وكذا اذا اقر به
ناقصا مشغولا بحقه وثبت الملك ناقصا على وجه يقتضي الاستيفا وقد تعذر فيبيعه
القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن احق بالمرهون يباع في دينه اذ تعذر الاستيفاء والمشتري
اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان حق البائع لم يتعلق
لا ان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فيكون للبينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب
ممتنع عندنا وفيه بحث من وجوه الاول ان اقامة البينة على الغائب لا تجوز الا بعد انكار الخصم وذلك
من الغائب مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم
بطلانه الثالث ان ذلك يفضي الى القضاء على الغائب لا يجوز الا لحاجة وهو لا يجوز وفي
ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول ان
اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما في يده وفي
ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب
من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لا انه يبيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري
ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فلا من جعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك حق البائع وقد
يتسامح بالحضرة والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع لاحيا حقه
والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس
قضاء عن الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبض المشتري
واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شي
يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو اي يتبع البائع المشتري لما كان للمشتري

فغاب احدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا انقد اجبر البايع على قبول نصيب
الغايب وتسليم نصيب الغايب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغايب فللحاضر ان يرجع عليه بما نقد
لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجبر البايع
على قبول نصيب الغايب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا
نصيبه مهاياة لا غير واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغايب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق
الحبس على ذلك وكان متطوعا بالادي عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع في ذلك وهو
اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع
الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البايع له حق الحبس ما بقي شي منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعار
شيا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن
بما ادى وان كان ذلك قضا دين الغير بغير امره لاضطراره في القضا وهـــــذا لانا لا ننكر فان
للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور
الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة
حضوره مفقود لامكان ان يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه
من العبد بخلاف حالة غيبته وعلى هـــذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استاجرا دارا فغاب
احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه
غير مضطر في نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للاجرة حبس الدار لاستيفا الاجرة كذا ذكر الامام
التمرتاشي واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشرا اذا قضى الثمن
من مال نفسه على ما يجي **قال** رحمه الله ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهبا وفضة رجل
اشترى جارية قال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ووجب عليه من كل واحد منهما
خمسماية مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السوا لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع
افتقار العطف مع الافتقار يوجب الشركة والتسوية وليس لاحدهما على الاخر فيجب التساوي فيكل
وكان الواجب ان يقيد المصنف بالجودة او الرداة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر
فلابد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيد محمد في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز
ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه
الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المثاقيل كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب
مثاقيل خمسماية مثقال ومن الفضة دراهم خمسماية درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف
في وزن الدراهم ولقائل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف
في البلد الذي وقع فيه العقد **قال** رحمه الله ومن له على اخر عشرة دراهم جياد رجل له
على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت فهو قضا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف
مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر ربا ولو تعذر عن كمية حقه يرجع
عليه متفاوتة فكذا اذا تعذر في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم
انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد ان
المقبوض من جنس حقه بدليل انه يجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز وكان
الاستيفا من حيث الاصل بالمقبوض ما حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة ولا تدارك لها منفردة

بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك
ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والغرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان
باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له في الشرع واعتـــرض بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل
لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وههنا يفيد فصار ككسب الماذون له المديون فانه مضمون على المولى
وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني ان المقصود الاصلي هو احيا حق صاحبه ووجوب الضمان له
عليه ضمني فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفايدة ثمة انما هي للغرما فكانه تضمين الشخص لغيره بخلاف
ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له **قال** رحمه الله واذا افرخ
طير في ارض رجل فهو لمن اخذه رجل اذا افرخ طير في ارض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض
فيها او تكنس فيها ظبي وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد
لمن اخذ بالحديث وكونه يوخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيد به كصيد انكسر رجله في ارض انسان فانه للاخذ
دون صاحب الارض والتكنس اليسير ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي ومعنى تكسر
انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسر لاحد فهو له والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولهذا يجب الجزا على المحرم
بكسره او شيه **قوله** وصاحب الارض لم يعدا رضه لذلك اشارة الى انه لو اعدها لذلك بان حفرها
ليقع فيها او ينبذ بئر مما يصطاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصب للجفاف فتعلق بها
صيد فهو للاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه اي
يضمه الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه فان العسل لصاحبها لانه عد
من انزاله اي من انزال الارض نماوها لمكان جميع نزلها وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان
العسل صار قايما في ارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الما
بخلاف الصيد والله اعـــــلم

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل
على تاخيره عن السلم في اول السلم وهي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل في بدليه من
يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد
الا زيادة يحصل فيما يقابلهما من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بها باعيانها كما ينتفع بغيرها مما
يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب منه الزيادة والعيوض صلة في بيع ما كان في
بيع كان اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قولـــــه تعالى واحل الله البيع
وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو
الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اي من كون الصرف هو الزيادة لغة
سميت العبادة النافلة صرفا قال صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه
صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه ادا الفرض حق الى المستحق وشروطه على الاجمال
التقابض قبل الافتراق بدنا وان لا يكون فيه خيار ولا اجل واقسامه ثلاثة بيع الذهب والفضة
بالفضة وبيع احدهما بالاخر **قال** رحمه الله وان باع فضة بفضة فان باع رجل فضة بفضة او
ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الاخر
او اخس صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة

بالذهب ثم
فضة ثم

في القدر لا في الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربو وحدث
محمد رحمه الله في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك قال عمر بن الخطاب
رضي الله عنه يا ماحمر واني قد احكمت صناعته فعصى به لا بيعه فاعطيت به وزنا وزيادة فذكرت ذلك
لعمر فقال اما الزيادة فلا **قال** رحمه الله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق وقبض عوضي الصرف
قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة على وجوب القبض كما يرى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما
اخراجا للعقد عن الكالي بالكالي وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا **قوله** في الكتاب
ولا يتحقق الربوا قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد **قوله** ولان احدهما ليس الآخر وتقريره
ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كان يتعين كالمصوغ
او لا يتعين كالمضروب او يتعين احدهما دون الآخر اطلاقا لما روينا وهو ان كان يتعين جواب عما يقال
بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين
وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه خلقة فيشترط قبضه اعتبارا
للشبهة في الربوا كانه قيل فعلى هذا التقدير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة بشبهة الشبهة
لان في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين
كان بالنظر الى كونه حليا عما شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة المعتبرة
دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في
موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق
ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول
ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وقضيته ما روي عن جبلة قال سالت عبد الله بن
عمر فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع
ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا
تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه
لا باس ان يبين للسائل الطريق المحصل للمقصود مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم
الحيل وقد مشيا الى جهة واحدة لانه الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر
في قبض راس السلم **قوله** بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها
وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم
المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وزن هاء
عطى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه **قوله** فان افترقا في الصرف متعلق بقوله ولا بد من
قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء
وهذا صحيح بخلاف من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض مما هو بعد العقد
وما اجيب به بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير
تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان مجلس العقد
حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد
حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما
يرى فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء وهذا اي ولان الافتراق بلا قبض مبطل

لا يصح

لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل بان يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على اني بالخيار
ثلاثة ايام او قال الى شهر لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض
المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار تاخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا
في الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكرنا في الشيء مفوت له كذا قيل وكانه راجع الى ان في الاول استحقاق
القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت قوله الا استحق في المجلس يعني منهما ان كان الخيار
لهما او ممن له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس
وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله ان
صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر
الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في ساير العقود الا ان خيار
الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله
ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة **قال** رحمه الله ولا يجوز التصرف
في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم
يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى
اذ الربا حرام حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا فينصرف
العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر
من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة وكما نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه
من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس احدهما اولى بكونه مبيعا فجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه
وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة اعتبرنا
كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد منهما مبيعا
حقيقة قيل الاسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في
الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا في الذمة
لا في الاثمان الخلقية **قوله** وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب
ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين
وعورض بانه لو كان كل واحد منهما مبيعا لا يستلزم التعيين لاشترط قيام الملك فيهما وقت
العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس
وافترقا عن قبض صح واجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه
وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فلم يجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط
وجوده قبله **قال** رحمه الله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف
الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو المعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف قوله
بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين
في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط الصحة لان الفضل حينئذ متوهم
والموهوم في هذا الباب كالمتحقق والنبي صلى الله عليه وسلم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل
الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم الله للعاقدين ولم يوجد فان وزنا في المجلس تساويهما
كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات

المجلس كساعات واحدة وقال زفر اذا عرف التساوي بالوزن سوا جاز كان في المجلس او بعده لان
الشرط هو المماثلة والعرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما
قال رحمه الله ومن باع جارية قيمتها الف دينار مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها
في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال
فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال ونقد من الثمن الف مثقال ثم
افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل
الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر
من حال المسلم الاتيان بالواجب تحرزا عن المعصية كما اذا ترك سجدة صلبية وسجدة سهو ثم سجد في
السهو وسلم ينصرف احدى سجدتي السهو الى الصلبية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها
على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسية والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل
باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حال المباشر على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا
محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فانه وقع عنها جاز البيع وكان المقبوض
حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين
قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من احدهما فيحمل
عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال على ثمن السيف خاصة وقال
الآخر نعم او لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق وعند التساوي في العقد
او الاضافة ولا مساواة بعد ما صرح من القول **قوله** ان المدفوع ثمن السيف فان لم
يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا
بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان
يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية
قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن ازيد مما فيه اي البيع تتميما للكلام لان فرض
المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام
الاخر وهي اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها
وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد في مقابلة الغير فلا يفضي الى الربوا والثاني ان يكون
المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز لانه ربوا لان الفضل يتاتى سوا كان من جنسها او من غير جنسها
والثالث ان يكون المفردة اقل وهو اوضح والرابع ان لا يدري مقدارها وهو
فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد
هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب انه ما لا يدري يجوز في الواقع
ان يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعدد جهة الفساد
فترجحت واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس
الائمة الكردري بان مراده انه اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا
تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة **قال** رحمه الله ومن باع انا
فضة ثم افترقا ومن باع انا فضة ثم افترقا ومن باع انا فضة بفضة او بذهب وقبض
بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الانا
لانه صرف كله وقد وجد شرط بقا العقد في بعض دون بعض فصح البيع صحيحا في البعض وبطل

في اخر

في آخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طاريا فلا يسري لا بقاء على هذا
يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة
فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة **قال** رحمه الله ولو استحق بعض الاناء اي ولو استحق
بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الاناء يعيب
بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه
فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض **قال**
رحمه الله وان باع قطعة نقرة المراد من النقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة
من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي
بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضر بخلاف الاناء **قال** رحمه الله
ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين
جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة
بكري شعير وكري حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة
وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة
تصحيحا للعقد خلافا لهما فالاول ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن
قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين
حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك انه لو فرع فانه اذا اشترى قلبا اي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم
باعهما مرابحة لا يجوز وان يكون صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد
آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا
اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده
وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف
الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون
التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد
فكان جائز الارادة فينبغي ان يكون مرادا اما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة
ولهذا اذا باع كر حنطة بكرها فسد لان الكر قابل الكر وفضل الآخر واما وجوب ان يكون مرادا فلانه
طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولمن منع تعينه لذلك بامكان ان يكون درهم من
الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار
الآخر قلنا هذا غلط لانا ما اردنا من الطريق الا الطريق لصرف بخلاف الجنس على اي وجه كان على ان فيما
ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو اقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف
الجنس تغيير تصرفه انه يقال فيه تغيير وصف التصرف واصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع
عن الجواز والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل على حاله لم يتغير وصار
هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف فان كان في ذلك
تغيير وصف التصرف من الشيوع الى التعيين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا
ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في
القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو اما ان يكون مراده ان يعتبر في الاصل او غير ذلك فان
كان الثاني فلم يسبه وان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الربا

الى انتقاض يتغير العقد من وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا صرحا
بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فنقول والطريق في المسالة
الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وقد تقدمت هذه المسالة في شرا
ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين
ضده والشي لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد اذا انعقد صحيحا وفسد حالة البقا بالافتراق
بلا قبض وكلامنا في الابتدا يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتدا وهو في الابتدا
صحيح **قال** رحمه الله ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار المسالة المتقدمة كان
البدل لان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي احدهما في صحيحه كالاولى ويكون العشرة بمثلها
والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود
ظاهرا اذ الظاهر من حال البايع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام
على العقد الجايز دون الفاسد **قال** رحمه الله ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة
دراهم وشيا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون مما له قيمة اولا والاول اما ان يبلغ
بقيمته الفضة اولا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها
عوض فيتحقق الربوا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان
لم يبلغ فهو جايز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة والكراهة لنا لانه احتيال
لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضي الى ان يالف الناس
فيستعملون ذلك فيما لا يجوز فان **قيل** فالمسالة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت
ولم يذكر فيها الكراهة **أجيب** بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسالة فيما اذا
كان الدينار الزايد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار يبلغ الدرهم ولا يزيد وعلى هذا
يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والجواب السوال
ساقط لان الكراهة انما هي لاحتيال لسقوط ربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسالة
المتقدمة لان فيها الظاهر مرجحا لما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسالة فان ارادة المبادلة
بين حبة من زبيب والفضة الزايدة ليس بظاهرة **قوله** ومن كان له على اخر عشرة
دراهم مسالة تسمى بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا
او مقارنا او لاحقا فان سابقا وقد اضيف اليه العقد كما اذا كان له على اخر عشرة دراهم فباع
الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة من
عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط
قبض احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الاخر احترازا عن الربوا وقد كان لان
يقبض احد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الاخر
للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما هو في دين يبقى الخطر في عاقبته وان كان مقارنا
بان اطلق العقد ولم يضف الى العشرة الذي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا اولا فان كان
الثاني لم يقع المقاصة لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة
استحسانا والقياس يمنعه وبه قال زفر لانه استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو
اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض
لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه السلام يدا بيد والدين ليس

بهذه

بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان عدم
بدل الصرف واجب التعيين بالنقد والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة
بتراضيهما لا بد ثمة من تفسخ ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة الفسخ
الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف
وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضا ولهما ذلك لان لهما فسخ الاصل العقد فكان لهما تغيير
وصف العقد مع بقا اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه
بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف
العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضا يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا
الفسخ المقتضى بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات
بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البايع بحكم الاقالة لان الاقالة
الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف بقوله وفي الاضافة الى الدين
يعني المعهود تقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه وعن الثاني بان المقاصة تقتضي قيام العقد
وهو موجود لانهما لما ابطلا عقد الصرف صار كانهما عقدا عقدا جديدا فصح المقاصة به وعن الثالث
بان الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت بمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر حيث لم يقل
بالاقتضا لم يوافقهم في المسالة فتعين له وجه القياس فان قيل لم يترك المصنف الاستدلال بحديث ابن
عمر وهو ما روي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير
او قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا باس اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة
وليس فيه دلالة على انهما كانا اضيفا العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلزمه زفر
وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشتري الدينار باع ثوبا من
بايع الدينار بعشرة دراهم ثم ارادا ان يتقاصا ففيه روايتان في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها
فخر الاسلام وقال المصنف في اصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية ابي حفص واختارها شمس الايمة
وقاضي خان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق
لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانفساخ الاول والاضافة
الى دين قايم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السوال
الاول وهو ليس بواضح كما ترى لانا اذا اضيف لنا القياس يقتضي ان لا يقع المقاصة بين العين والدين اصلا لعدم
المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوي هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق
والمقيد منه سوا وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد
الاول والا لكان الدين متعينا بالتعيين وذلك خلف او يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي
عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين
والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا اوضح **قال** رحمه الله
ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط او
طسوج او حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا وياخذها التجار وبيع درهم صحيح
ودرهمين غلة جايز لوجود المقتضي وانتفا المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه
وهو المساواة واما الثاني فلان المانع ان تصور هنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس
قال رحمه الله واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم لان النقود لا تخلوا عن قليل

غش خلقة فانه تساويا فيهي كالجياد في الصرف او عادة فالاول كما في الردي والثاني ما خلط للانطباع فانها
بدونه تتفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب
على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما
يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا في الوزن
والغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة مثل تلك
الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري فالبيع فاسد وان كان اكثر صح وهي الوجوه المذكورة
في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر
قوله ولكنه صرف جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يبق صرفا فلا يكون التقابض شرطا
ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى
فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا اشترط القبض
في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر وهذا يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق
عند عدم التمييز قال المصنف ومشايخنا يريد به ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في
العدالى والغطارفة اي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان
ايام الرشيد وقيل هو خال هرون الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل
فيه اي في هذا النوع ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فيهما بالعد
وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا
لا تتعين بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله وان كانت لا تروج
فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان
حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم
ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها المعاملات الناس دون
المشار اليه وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا
ان علم البائع خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا
منه بالزيوف واذا اشترى سلعة ثم كسدت قبل النقد وترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف قيمته يوم البيع
وعند محمد اخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد
او في البلد الذي وقع فيها العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا
كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كانت لا تروج
في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لكنه لم يهلك لكنه تعيب وكان للبائع الخيار
ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون
يستقيم على قول محمد واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفي بالكساد في تلك البلدة بناء على الخلاف
في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا
القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي لانه تعذر التسليم بالكساد
وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف
وجبت القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع اي الكساد لانه

اسفل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم
التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية
بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور
التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت دينا في
الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة
التي غلب غشها الصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض وبتخمر
العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا
فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم
المغشوشة التي غلب غشها فهلاك للثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في باقي الحال لان
الكساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله قلما يتنفي عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم
لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده بعينه وان كان هالكا او مستهلكا
فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد
وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المصنف بقوله وعند محمد رحمه الله يوم الانقطا
وان كان صدر البحث في الكساد واما اذا غلت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا يعتبر
بذلك بالمبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع **قال** رحمه الله ويجوز
البيع بالفلوس البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه وانما قال ذلك لان الاشيا
الموجودة تعلم ببيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان تكون نافقة او كاسدة حالة العقد
فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل
هو مخير بين ذلك ودفع مثل وان هلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين
لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة
قبل نقدها عند ابي حنيفة بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من
الاختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان المبيع عند كساد الفلوس
في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت
عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت
قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس في الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد
لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا بظاهره قوله
عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر يمنعه لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة
حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله متمسكا ههنا يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهي يعتمد
عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك **قال** رحمه الله ولو استقرض فلوسا فكسدت اذا استقرض
فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي حنيفة لانه اي استقراض المثلي اعارة كما ان اعارته قرض
وموجب استقراض المثلي رد عينه مثلا معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة
لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه حقيقة
معنى وهو المثل وجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه
نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين ان لو رد مثله حال كونه باقيا
اجاب المصنف بان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية

ومعناه ان الثمنيه ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه لجواز ان ينفك القرض عن
الثمنيه وجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال لا ترى ان الاستقراض جايز في كل مكيل
وموزون وعددي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها
في العقد فيه لصفة الثمنيه وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنيه اقرب الى العين
من القيمه فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنيه بعد ورودها كما قبض
ولبس المثل المجرد عنها في معناه فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف ومحمد
يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف بينهما بين ابي يوسف ومحمد فيمن
غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجي وقول
محمد انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابي حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض
وعلى قول ابي يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع
وهو ضرر بالمستقرض وكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة
للمقرض والمستقرض وساير الناس وقيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله
ايسر **قال** رحمه الله ومن اشترى شيا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع من الفلوس قال لان تسمية هذا
بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا تعم وذلك معلوم عند الناس وقد
العقد جاز وجب عليه الوفا بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم
او بقيراط فلوس **وقال** زفر رحمه الله لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف
درهم ودانق وقيراط منه وذكرها لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن
الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان
مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف رحمه الله بنا على كونه معلوما وفصل
محمد بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوزه فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس
فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف
لا سيما في ديارنا ساعلى عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراكا العرف **قال** رحمه الله
ومن اعطى صيرفيا درهما هذه ثلث مسايل الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه
فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبه جاز البيع في الفلوس وبطل
فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا
حبه وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه بطل في الكل لاتحاد الصفقه وقوة
الفساد لكونه مجمعا عليه فتشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل
على انه لا نص عن ابي حنيفة رضي الله عنه والثانية ان يكون لفظ الاعطا والمسئلة بحالها فالحكم
ان الحكم ان العقد في حصة الفلوس جايز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الاخر كما لو قال
بعني بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير الخمر فان البيع في الخمر العقد صحيح وفي الخمر فاسد ولم
تشيع الفساد لتفرق الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المطهر بن اليماني
والشيخ الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يصح هنا ايضا وان كرر لفظ الاعطا لاتحاد الصفقة
فان قوله اعطني مساومة وتكرارها لا يكرر البيع وهذا لان تذكر المساومة لا ينعقد البيع
فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة
فكيف يتكرر بتكرارها فيبطل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله والثالثه ان

يقول اعطني بنصف درهم فلوسا وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبه جاز
والفرق بينها وبين الاولى ان لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس
بنصف وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله والباقي بازا الفلوس
قال المصنف رحمه الله تعالى وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانيه اراد قوله
اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبه وهي الثالثه فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة
الاولى ليست بمذكوره في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع رحمه الله في شرحه للمختصر وهذا
غلط من الناسخ والله تعالى اعلم بالصواب

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها
معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة الضم
قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ بالتشديد لغة ونصب زكريا
اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في
الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان
المضمونة بنفسها كما سيجي ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرا الاصيل صار الدين
الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل
على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملكه كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينيذ ضرورة
تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين **قال**
رحمه الله الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة عندنا والمضمون
بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رضا
في مثله لا سعاد له لتسليمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر
واما اذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه لتسليمه كما ان امره
بالكفالة بالمال لا يثبت عليه ولاية ليودي ماله من مال المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال
لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن
ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك
الالزام لانه عليه السلام يعلم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل
بالنفس لا يغرم شيا لان الغرم ينبي عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم
الكفيل الاحضار وهو يتضرر به **قوله** ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر
على تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه **قوله** اذ لا قدرة له على نفس المكفول
به ممنوع فان قدرة كل شي بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين
باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة
فلا يصلح دليلا **قوله** والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة
وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة ومحي احيا حقوق العباد
ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا **قال** رحمه الله وينعقد اذا قال تكفلت

عيان

بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين
قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه
عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبراسه وبرقبته فان كلا منهما مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل
حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شايع كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق
الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من اضافته اليه بخلاف ما اذا
قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما
وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة
الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا
فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز ان
يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة
وقد روينا فيه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال
انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة
فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول
به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته
وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما دري لما يدعي فاذا علم ذلك منع فاما ان يكون لعجز او
مع قدرة فان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول
امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان
الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال
حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثالث فقال الكفيل لا اعرف مكانه
وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول
قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا
منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال
بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا
يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب
اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة **قوله** واذا احضره وسلمه في مكان ان احضر
الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل
لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود
فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس
القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي
المتاخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في
مجلس القضاء لا يبرا بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق
والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرا لعدم المقصود وهو
القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر اخر غير المصر الذي
كفل فيه برئ عند ابي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرا لانه قد يكون شهوده
فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون فيما عينه

يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فيتعارض الموهومان وهي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي
التزمه فيبرا وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي ليثبت الحق عليه او ياخذ منه
كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في القرن الثالث وقد
شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا
يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر
او مصر اخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد فظهر الفساد والميل من القضاة الى
اخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفله فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان
الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرا لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل
بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو
مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به **قال** رحمه الله واذا
مات المكفول برئ الكفيل من الكفالة لان بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وبموتهما او موت
احدهما يسقط لما اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل
فيسقط الاحضار عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة فان
قيل فليؤد الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول
به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف
الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال
فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال واما الكفيل
صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حال الحياة
واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك
لقيام كل منهما مقام الميت **قال** رحمه الله ومن كفل بنفس اخر ومن كفل بنفس اخر بلا اضافة
ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه برئ لانه يعني البراءة وذكره لتذكر الخبر وهو الموجب
ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب
ليس بموجب بشرط لثبوت الملك بالشراء لانه يثبته بلا شرط لانه موجب التصرف وحل الاستمتاع فانه يثبت
بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في ساير الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع
المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها
صريحا وليس شيء لان الكلام في ان البراءة تحصل به وان التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا النفي الاستيفاء لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا
بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرا الكفيل ولكن يقال قد
اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب للتسليم كما في قضاء
الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع
عن ذلك ابقاء للحق بنفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل
نفسه عن كفالته اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل
وصار كتسليم الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من
جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي
من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من وجهين من جهة نفسه ومن جهة

الكفيل مما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرا وعلى هذا فما
ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة أي لان المكفول به مطالب بالخصومة فلا يكون
في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا وفيه نظر لانه لا يلزم من انتفا التبرع وقوعه ليبرى به لان
ثمة جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرا الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في
المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه **قال**
رحمه الله وان تكفل بنفسه على انه لم يواف به الى وقت كذا رجل قال ان لم اواف بفلان الى شهر
فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وافاه اياه من الوفا وقد
يقوله لما عليه وهو مقيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شي عند عدم الموافاه على قول
محمد رحمه الله خلافا لهما او بقوله وهو الف وهو غير مقيد لانه اذا قال فعلي ماله عليه وان لم يسم
الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك
بما ادركك في هذه الجارية التي اشتريتها من درك صحت وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع
انها لم تعلم هل يبلغ النفس اولا ثم الحكم في هذه المسئلة شيان احدهما صحة الكفالة وفيه
خلاف الشافعي والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند اذا ما كفل به من المال بعد
وجود الشرط والدليل على الاول **قوله** لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة
معلقة بشرط عدم الموافاه وهو ظاهر لتصريحه بذكر حكمه الشرط وهذا
التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاه صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر
ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني
قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة
بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا يبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابرا او موت وليست الكفالة
بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون
له عليه مطالبة اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض
بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل ينافي وجوب البدل منه
كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع للتوثق
كما مر كالكفالة بالنفس بعده مثلها وبالاجتماع صحيح وتاتى الوفا بهما اذ ذاك واجب بخلاف خصال
الكفالة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة اي المعلقة بالشرط لا يصح لان تعليق الكفالة
تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصل اذا كان
بامره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه
ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع
من وجه كما مر ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشرط
كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير
متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاه متعارف
فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاه بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم
في مجرد الكفالة بالنفس **قال** رحمه الله ومن كفل بنفس رجل ومن كفل وقال ان لم اواف به
غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاه وهذه مسئلة ٥
الجامع الصغير وهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجوب المال بعدم

الموافاه

الموافاه بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره بذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم
الموافاه بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما
ترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتاكيد لها لانها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه
المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابرا فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت
لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرا بموت المكفول به والا لزم ان يكون ما فرضناه تاكيدا للغير مقصودا
بالذات وذلك خلف باطل واجاب الامام ظهير الدين في فوايده بان الابرا وضع لنقض الكفالة والموت
لم يوضع له فبالابرا ينفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة
عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم ينفع دربة الى الخصام وهو عاجز
عن مثل هذا التسليم والضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاه مع العجز عن
تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم من ضرورة التاكيد مقصودا لان الموكد لم يسقط بالنسبة
اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل اذا تقرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع
وقد التزم حيث تيقن بالموت احتمال الموت ولم يستثن فان قيل لم لا استثناه منه ان بالموت تنفسخ
الكفالة بالنفس وكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف فلا يقبل
في اضرار غيره **قال** ومن ادعى على اخر مائة دينار ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها باخاجين او
رديه هندية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم
يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى
بعد الكفالة موصوفة بصفة لا يسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك
وذلك لو جهل احدهما ان الكفيل علق في كفالته مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه لما عليه بامر متردد
قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاه بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها
لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في
الحال وهو الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي ان لا يصح الكفالة
وان بين المال وبه صرح المصنف والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ
لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي
وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلي المائة
فينصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة تخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى
صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في
مقابلة النكتة الاولى لمحمد و**قوله** والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا
لم يكن معلوما لا باس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا
لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضا فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق
البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتدا المائة التي بينها وبينهما في الاخرة
وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة
الكفالة **قال** رحمه الله ولا يجوز الكفالة بالنفس من توجه عليه الحد او القصاص اذا طلب منه
كفيل بنفسه بان يحضر في مجلس القضا لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن اعطايه لا يجبر
عليه عند ابي حنيفة وعلى هذا يكون معنى قوله لا يجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف
المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف ومحمد يجبر في حد القذف لان فيه حق

العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد اي لان المغلب فيه حق العبد على الخلو من
لما عرفوا ان القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الحبس ههنا الحبس بل الامر بالملازمة
بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول يستاذنه الطالب
في الدخول فاذا اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول يجلسه في باب داره ويمنع
من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طالب بنفس
المكفول الكفيل به سوا اعطاه قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه ه
حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهو لم يكفل بحق واجب
على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولان في
حقيقة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين
ما هو خالص حق الله قيل هذا كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في ادب
القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في ادب القاضي روى هذا الحديث موقوفا الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق في الحبس ثم بالكفيل فان
قيل الحبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس
للتهمة على ما نذكره لا الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في
التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه
فيجبر المطلوب على اعطا الكفيل فيه كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعا عليه باعطا الكفيل
للطالب من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم
النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق للامام المحق في حد السرقة
يحد على المذهبين قال رحمه الله ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان لا يحبس الحاكم في الحدود
من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران
او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات
المدعى لانه يحتاج الى الحجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحد شطريها وقد
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في الاموال لانه اقصى عقوبة
فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال
اذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفا لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه
غير الحبس كالحدود والقصاص فانه لا اقصى فيهما القتل او القطع او الجلد فجاز الحبس قبله بسببه
التهمة ولقائل ان يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعا بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت
بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس بالتهمة
ويمكن ان يجاب بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم اياه بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء
مامور به والترك والتهاون حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد
الشاهدين ولم يحبسه الحاكم اتهم بانه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والابقاء على امثاله
مامور به فيحبس باحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد نفيا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي
صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة
الكاملة يحد للدرء هذا والله اعلم بالصواب وذكر في ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص

بشهادة

بشهادة الواحد عندهما لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق به فيستغني عن الحبس وقيل
معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عندهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية
اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفا لا محالة قال رحمه
الله والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورد هذه المسئلة ههنا فعلما عسى يتوهم ان اخذ الكفيل
عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلاة دون الديون المطلقة وان صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به
مطلقا والخراج كذلك الا ترى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفا
عنه واما قيل مطلقا يعني في الحيوة والممات احترازا عن الزكوة فانها تطالب بها اما في الاموال
الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فلانها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز
لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة
فقوله لانه دين يطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح يصح المطالبة به في الحيوة
والممات يصح به الكفالة بالاستقرا ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله ممكن الا
اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفا لكونه توثيقا لجانب الاستيفا فترتب موجب
العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك
قال رحمه الله ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم اخذ كفيلا عن شخص واحد صح كفلوا جملة او
على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل
في المطالبة بان يكون مطالبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ه
ولهذا قلنا ان ابرا الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف
باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشي لا ينافيه
البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا
صحت الثانية لم يبرا الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثق فلو برا الاول ما زاد الا ما
نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرا الكفيل الاول
وقال ابن ابي ليلى يبرا الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان
في موضعين وهو بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب
ان ذلك مخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويقضي الى عدم التفرقة بين الكفالة
والحوالة فانه فيها يبرا المحيل وذلك باطل ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ
دون صاحبه قال رحمه الله واما الكفالة بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع
في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سوا كان معلوما او مجهولا لقوله تكفلت عنه بالف او
مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد
ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتدا فتحمل فيها جهالة المكفول
به يسيره وغيرها بعد ان كانت متعارفة قوله وعلى الكفالة بالدرك بفتح الرا وسكونها
وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول
لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع
وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بالمجهول كالكفالة بالشجة اي شجة كانت اذا كانت
خطا فانها صحيحة وان كانت مجهولة لاحتمال السراية والاقتصار وانما قيل خطا لانها
اذا كانت عمدا وقد سرت الشجة بالجراحة فانما توجب القصاص والكفالة به لا تصح

ولما ورد لك في كلامه لم يحتج الى المقيد به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفرع بان
لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي هو له مطالب من جهة
العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفا وبدل الكتابة ليس
كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده
شي فيطالب به **قال** رحمه الله والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه الاصل
اي الدين وسمي الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين لعمر دين غير مقصود
فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بنا على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراة عنها الا اذا شرطت البراة فيصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان
الحوالة بشرط ان لا يبرا المحيل يكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف
المالك اذا اختار احد الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب فانه لختار تضمين احدهما لا يقدر
على تضمين الاخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمليك **قال** رحمه الله ويجوز تعليق الكفالة بشرط
ملايم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق لقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفا مثل ان يقول
اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفا مثل قوله اذا غاب عن البلد او اذا
مات ولم يدع شيا اي وان حل مالك عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملايمة
كقوله ان هبت الريح او جا المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق
به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جا به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف
عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجي بصواع الملك وكان نداوه بامر
يوسف عليه السلام وشرع من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه
بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه محمولة على بيان الجعالة لمن ياتي به
لا لبيان الكفالة له فهو كقول من ابق عبده من جا به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة
انما تكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الاية متروكة الظاهر لانها
تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة
والعمل بحقيقتها مهما امكن واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي للعير ان الملك يقول لمن جا
به حمل بعير وانا به زعيم بذلك فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة
وعن الثاني بان في الاية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم
جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الاخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به
وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا يمنع الجواز اصلا والثانية يمنعه اذا كانت
الكفالة مضافة كقوله تكفلت ما بايعت احدا من الناس والثالثة يمنعه مطلقا فالجواب
ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف
البعير فلم يمنع مطلقا والثانية انما يمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى
المستقبل باقية على القياس جوازها على ما ياتي وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان
المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما يمنعه مطلقا لان الكفالة
في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق
والعتاق حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كان بمنزلة

البيع

البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف
جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على
ما ياتي **قوله** وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجي المطر
كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة وفي كلامه نظر من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي
نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف
على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق
او الكفالة اذ لم يبق ثالث والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد
منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا انه يصح الكفالة الثالث ان الدليل لا يطابق
المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم
بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول
المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي
بانتفا جزه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا ينتفي الكفالة بانتفا الاجل لا للاتحاد
المعلق فرع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد
فلا يلزم من انتفايه انتفا معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقاربه انه كان لعلي ذكر منك وعن
الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل
كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة قوله
ويجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تاجيلها باجل متعارف لم يبطل بالاجل الفاسد
كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال تكفلت بما
لك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو
عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة يصح الضمان به وان لم تقم
بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه ينكر الزيادة وانما كان القول
قوله لانه مال مجهول لزمه فصار كما اذا اقر لشي مجهول وانما كان مع يمينه لان من
جعل القول قوله في ما كان خصما فيه والشي مما يصح بدله كان القول قوله
كالمدعى عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه
باكثر فيما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في
حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في
حق غرما الديون الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض **قال** رحمه الله وتجوز
الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يكون بقول
اضمن عني او تكفل عني ولغير امره ليس في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله
صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامره او بغيره ولان
الكفالة التزام ان يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف
في النفس وهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط
والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه
وذلك لا يكون الا عند الامر فما لم يامر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي
غير ضار فينفذ الكفالة بنوعيها فيما يقتضيها المقتضي مع انتفا المانع وما هو كذلك

فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا لذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا وعلى العبد مادام رقيقا لان المراد هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادعني زكاة مالي او اطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع باداءه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا ادى رجع سوا كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفا ملك المال من الكفيل او اقامه مقام نفسه في استيفا المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بامره فنفس الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يوخر الى ادائه وهذا الاجوز يكون عند كفالته بغير امره **قوله** رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملكه المكفول به في فصول منها الادا الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس اخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين احدهما ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما ادى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك وبالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى قال المصنف لانه ملك الدين بالادى فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني ان في الهبة والميراث المملوك واحد لا يتعدد فيه وهو ما ضمن واما في الادى بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما اتحد الرجوع به فيما تعدد اعني ما ادى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجه من الكفالة ووكله بالقبض بقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ان لم يكن هناك ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وليكون ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باطالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يدل الى الفرق بين ابرا الدين وهبته له فان الابرا لا يرتد والهبة ترتد به فان الابرا اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي ثبوته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته

والطالب

والطالب ليس له ان يطالب الا بما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وادى المحال عليه ذلك بخلاف ما اذا ضمن فان المحتال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالادا فنزل منزلة الطالب **قوله** بما ذكرنا في الحوالة قد يرد حوالة كفالة المنهي **قوله** بخلاف المامور بقضا الديون جواب دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا اذا ادى بامر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المامور بقضا الديون لم يجب والمامور يرجع بما ادى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المامور بقضا الديون لم يجب له على الامر شي حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالادا حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالادا فلا بد من اعتبارهما فلو ادى الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بما دون الجياد لان ادا المامور به لم يوجد لان ادا المامور به لم يوجد وان عكس فلذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما ادى باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل بالدين فهو على نوعين احدهما ان يصالحه على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابرا فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما نذكره والثاني ان يصالحه على جنس اخر وفيه تمليك الدين فيرجع بما ضمن وسياتي **قال** رحمه الله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يودي عنه لان الموجب للمطالبة هو التمليك وهو لا يملكه قبل الادا فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشرا حيث يرجع قبل الادا لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلف في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المكول من المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبايع والمبادلة توجب الموجب لجواز المطالبة **قال** رحمه الله فان لوزم بالمال اذ لوزم الكفيل له ان يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق الاصيل قبل الادا وقلنا هو مورط فعليه الخلاص واذا ابرا الطالب المكفول او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابرا الاصيل وابرا الاصيل يستلزم ابرا الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابرا فلم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها **قوله** في الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لا يوجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ونعلل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالادا او الابرا فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك ولا يبقى هذا فان **قيل** قولهم براءة الاصيل يوجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتدا الكفالة لم يبق ههنا كفيل بل الا بالحاذ ذلك محال عليه ولم يقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرا الطالب الكفيل لم يبرا الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقا الدين على الاصيل بدون الطلب او بدون الكفيل جائز الا ترى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب على الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابرا موقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابرا المؤبد وبان

ع

ل

خيرا

هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل الا ترى ان الكفيل لو رد الابرا المويد لم يرتد بالرد بل يثبت الابرا ويسقط عنه المطالبة ولو رد الابرا الموقت ارتد بالرد ووجب عليه اذا صرح لا والجواب ان اعتبار شي بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لا يبقى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الاخر وهو ما ذكروا ان الابرا المويد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابرا الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد **قوله** بخلاف ما اذا كفل يجوز ان يكون جواب دخل تقريره لا نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال موجلا الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط التاجيل في ابتدا الكفالة ولم يكن حينيذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم يثبت بعد تعين تاخيره واذا كان تاخيرا لاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تاخر عنه وعن الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان تاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين **قال** رحمه الله فان صالح الكفيل رب الدين فصالحه الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بجنسه على اربعة اوجه هو ان يشترط برايتهما جميعا او براة المطلوب خاصة او براة الكفيل خاصة او لم يشترط شي من ذلك ففي الاول والثاني برا جميعا وفي الثالث بري الكفيل عن خمسمايه لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شا اخذ جميع دينه من الاصيل وان شا اخذ خمسمايه من الكفيل وخمسمايه من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع وهو مسلة الكتاب بان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمايه ولم يزد على ذلك برا جميعا عن خمسمايه لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فبرا الاصيل من ذلك وبرايته توجب براة الكفيل لما تقدم ثم برا جميعا عن خمسمايه باد الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا القدر بامره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فيها للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فياخذ الطالب خمسمايه من الكفيل ان شا والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومصالحته اياه بخلاف الجنس بمنزلة اصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين في ذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين في ذمة الكفيل ليصير الدنانير بدلا عن الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براة الكفيل لا يوجب براة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمايه حيث لا يمكن ان يكون خمسمايه بدلا عن الالف لكونه ربوا فبقي الدين في ذمة الاصيل والبراة مشروطة له وبراته يوجب براة الكفيل فيبران عن خمسمايه ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمايه اذا كفل بامره كما ذكرنا **قال** رحمه الله ومن قال لكفيل ضمن له مالا ذكر ههنا ثلث مسايل يتعلق بالابرا احدها ما ذكر فيه ابتدا البراة من المطلوب وانتهاوها الى الطالب والثانية ان يذكر ابتداوها من الطالب والثالثة بالعكس فالاولى ان يقول للكفيل ضمن له بامره مالا قد بريت ذمته اليه من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراة التي يكون ابتداوها من المطلوب اي الكفيل وانتهاوها الى الطالب لا يكون الا بالايفا فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال

اوقبضته

او قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول ابريتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفا وهاتان بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول بريت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل ان يقول ابراتك ولا يرجع عليه لانه يحتمل البراة بالادا والبراة بالابرا والثانية ادناهما فيثبت **قوله** ولا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا لمحمد وتوجيهه ان يقال معنا حصول البراة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراة ان كانت بالادا رجع الكفيل وان كانت بالابرا لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل ان يقول بريت الي لانه اقر ببراة ابتداوها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التا وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفا لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراة وان لم يوجد من الطالب صنع فاما البراة بالابرا فانما يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو حنيفة مع ابي يوسف في هذه المسلة وكان المصنف اختاره فاخره وهو اقرب لاحتمال ان فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غايبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين احدهما ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف للبيان وههنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا مع انتفا لازمه واجيب بان قوله بريت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفا الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح في الايفا وغير الايفا فكان العمل به عند العجز بالعمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا فيدل لانه على المراد وكونه غير صحيح صريح في الايفا والابرا هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره فيكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طايل تحته لانه ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذن هين هونا **قال** رحمه الله ولا يجوز تعليق البراة من الكفالة بالشرط مثلا ان يقول اذا جا غد فانت بري من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في ساير البراات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض ورد بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بري من المال فوافاه من الغد فهو بري من المال فقد جوز تعليق البراة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به والمسلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابرا عن الكفيل بالرد بخلاف ابرا الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جا غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان يشترط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراة به صحيح كالمسلة المنقولة من الايضاح فان للطالب فيه من ابرا البعض واستيفا البعض ومثله متعامل الا ترى ان صاحب الدين اذا قال عجل

خمسا به على ان ابرائك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض في رواية عدم الجواز محمول على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل وفي رواية الجواز على ما يقابله

قال رحمه الله وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به ذكر ضابطه لما لا يصح الكفالة به ومعنى **قوله** لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب او حز الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد او القصاص لم يصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لانه لا استيفاء بغير الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول لا يحصل المقصود كما نرى بعض المسلمين يعود والى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاسناد لا دال على ذلك بالاجماع او الى قائله لم يرو عن احد من اهله خلاف في عدم جريان النيابة في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع

قال رحمه الله واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها ينقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان تكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير ويصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك انه يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب به مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا بالقيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا تتصور الكفالة وان كان الثاني اعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء

المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن اذا كان بمقدار الدين او زائدا عليه والزيادة عليه في ما بينه كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل بذلك رجل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة اليه واظنه تابع ذكر شمس الائمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة **قيل** هذا ليس بصواب في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى منه لكنه فاختار

قوله ولانه التزم فعلا لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه **قوله** ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم انفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استاجرها معينة للحمل وكفل بالحمل لم يصح **قال** المصنف لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رضي الله واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي وهو **قوله** بتسليم ما الزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان التسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب في صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فتكفل له رجل بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز عما كفل به

قال رحمه الله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول وقال آخرا يجوز اذا اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة المبسوط وفيه نظر لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة الموجود في بعضها ودعوى يدل على ترك في بعض او زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم بالكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف في وجه الرواية التي لم يشترط الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبيانه ان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادات لا يشترط

لا يشترط قبوله لعدم العلم به ولو في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في كتاب
النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا
التوقف على احد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب
كما هو مذهب بعض العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب
ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم
بعد الايجاب الا بالقبول والموجود بشطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا
لو قبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شرطيه قال رحمه الله في مسئلة
هذا استثنا من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا يصح ذلك عندهما
الا في مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا
بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض وللاستحسان وجهان
احدهما ان يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال اوف عني ديني وذلك
وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم ان جهالة المكفول له تفسد
الكفالة ولهذا قال المشايخ انما يصح هذه الكفالة اذا كان له مال اعتبارا لو تصحيحا لمعنى
الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا فيل في كلام المصنف تسامح لانه
في معنى الوصية لا انه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض
وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لانه ذلك وصية في
الحقيقة ومثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في
معناها يول الى معنى اخر وحينئذ لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة
والثاني ان يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما
يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفا المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان
الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب حضور
وليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المصنف بقوله يصح
بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق
الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حاله التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة
زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قوله تزوجت وظاهر قوله ولا يشترط
القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثنا وتمثيله بالامر بالنكاح
يدل على قيام لفظ واحد مقامهما وجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة قال رحمه الله
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين
ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضا دينه
لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سوا ولو قال
الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان
المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا
من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب لضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل
ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس وعلى انه بطريق الوصية كما هو الوجه الاخر من
الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم

الجواز من الصحيح لعدمها قال رحمه الله واذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات المديون
مفلسا ولم يكن عليه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم تصح الكفالة عند
ابي حنيفة وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين
صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شانها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة و
قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة
الى الدنيا او الاخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الاخرة واما في حق احكام الاخرة
الدنيا فهو ثابت ايضا لانه لو جب لحق الطالب بلا خلاف ومن وجب لا ينتفي الا بابراء من له
الحق او بادا من عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه
دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح ولو
برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل او له مال فانه
الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو
مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الدين الذي هو دين عليه بموته
مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما
لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة ان الدين ساقط لان الدين
هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه او بخلفه وقد انتفت
بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والغاية
الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلاة
واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لم لا يجوز قيام العرض
بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب
صفة الحسن للمامور به وان قلت فقد يقال المال واجب اجاب المصنف بقوله
لكنه اي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتمليك طائفة
من المال بوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يول اليه في المال فكان وصفا مجازيا
وان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين
في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط
بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت
ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة
بطريق المعارضة ولو اخرجه الى سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط
وبدل بقوله فان الدين هو الفعل كان احدق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين
وسمه لهذه الثلاثة واستغر عرائها دقتها فيما هو نظيره فيما سياتي قوله والتبرع لا يعتمد
قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان
من قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤها وان لم يوجد
الدين اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من تمام به عن
المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل
البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت
المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري ٥

فلذلك انتقض العقد **قوله** واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا ان بقي اذا كان به كفيل او له
مال وبيانه ان القدرة شرط العجز اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال فان ه
اسعي القادر بخلفه وهو الكفيل او المال في حق بقا الدين باق **وقوله** اي الا قضا علي ما هو
السماع وعليه اكثر النسخ مرك كانه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالا قضا الي الاداء
بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف ونشر وتقديره بخلفه وهو الكفيل
او الا قضا اي ما يفضي الي الادا وهو المال باق وعلي هذا اشترط في القدرة اما نفس القادر او
خلفه او ما يفضي الي الادا وقد وقع في بعض النسخ اذ الا قضا علي وجه التعليل كقوله بخلفه
وعلي هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حد به لدلالة المدلول عليه كما في قوله نحن بما عندنا
وانت بما عندك راض والراي مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجا
الادا منهما باق فان الخلف ما به يحصل كفاية امر الاصل عند عدمه ومما كذلك فكان خلفين
وفيه ما يري من التكلف مع العمه عنه بالاولي فان استدل الخصم بالخلاف بقوله صلي
الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل الحي والميت وبما روي ان النبي صلي الله عليه وسلم
اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام فهل علي صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان
او ديناران فامتنع عن الصلاه عليه وقال صلوا علي صاحبكم فقام علي او ابو قتاده علي اختلاف
الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلي رسول الله صلي الله عليه وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة
عن الميت المفلس لما صلي عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي حنيفة عن ذلك فالجواب
ان **قوله** الزعيم غارم يدل علي ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم
او لا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي او ابي قتاده اقرارا بكفالة
سابقة فان لفظ الاقرار والانشا فيها سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا
بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي رضي الله عنه ما فعل
الديناران حتي قال يوما قضيتهما فقال الان بردت عليه جلدته ولم يجبره علي الادا ولو كان
كفالة لاجبره علي ذلك والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة الي ذمة لزمه القول ببطلان
الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحد منتها هل حيث لم يثبت من الشرع جعل
الذمة المعدومة موجودة والله اعلم **قال** رحمه الله ومن كفل عن رجل بالف رجل كفل عن
رجل بامره بالف عليه فقضي الاصيل الكفيل الالف قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو
اما ان قضاه علي وجه الاقتضا بان دفع المال اليه وقال اني لا امن ان ياخذ الطالب منك حقه فخذها
قبل ان يودي فقبضه او علي وجه الرساله وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الي
الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانثه باعتبار الدراهم لانه
تعلق به حق القابض وهو الكفيل علي احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل
بنفسه حق المطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام
باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها الي الساعي فانه ليس
له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا
ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض علي ما نذكر وان كان الثاني فليس له ان يسترده
ايضا لانه تعلق بالمودي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه
لم يملكه لانه محض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه علي وجه الاقتضا وربح فيه فالربح

له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا
انه ملكه حين قبضه لان قضا الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر
لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب
للكفيل علي المكفول عنه للطالب علي الكفيل حال في النهاية ذكر ذلك لان الكفالة توجب
دينين دينا للطالب علي الكفيل ودينا للكفيل علي المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل
الي وقت الادا من حيث تاخير مطالبته بما وجب له علي المكفول عنه الي بعد الادا ولهذا لو اخذ الكفيل
من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين مؤجل ولو ابرا الكفيل الاصيل قبل الادا
الي الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتي لو اداه الكفيل الي الطالب بعد ذلك لا يرجع به الاجبر
وقال كذا ذكره الامام قاضيخان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا
والمسايل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الي ذمة في المطالبة
فانه علي هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل علي الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب علي الاصيل
من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا اي لكونه نازلا منزلة الدين المؤجل لو ابرا الكفيل المطلوب
قبل ادائه صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والي هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه
للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعني حالة اي الكفالة توجب للكفيل علي الاصيل من المطالبة
وفيه من التمحل ما يري من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل ويملكه ما قبض ولعل الصواب بمجرد ماله
من المطالبة مع ان المطالبة لا يستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او التقاضي فان له المطالبة ولا
يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل علي المكفول عنه من
الدين مثل ما وجب للكفيل علي المكفول له من الدين مثل ما وجب للطالب علي المكفول عنه لا علي الكفيل
وحينئذ لا منافاة بين هذه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الي ذمة في المطالبة
لان بالنسبة الي الطالب ليس علي الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين علي المكفول
عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلث مطالبات
دين ومطالبة حالين للطالب علي الاصيل ومطالبة فقط له علي الكفيل بنا علي ان الكفالة ضم ذمة
الي ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل علي الاصيل لان المطالبة متاخرة الي وقت
الادا فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الادا كما تقدم فان قيل فما معني
قوله فنزل منزلة الدين المؤجل فهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين
مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا اقتضه معجلا ملكه فكذا هاهنا هذا ما سنح لي والله اعلم
الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض علي وجه الاقتضا وقد ادي الاصيل
الدين نوع خبث علي مذهب ابي حنيفة نبينه في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك
فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في اخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه الكفيل
فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا واذا قبضه علي وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي
حنيفة ومحمد لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان اصله
المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فانه علي الاختلاف **قال** رحمه الله ولو كانت
الكفالة بكر حنطة بامره كان حكم الربح فيما لا يتعين ما اذا كانت الكفالة فيما يتعين لكن من
قبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يوديه الي الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضا لما
بينا انه ملكه قال ابو حنيفة واحب الي ان يرده علي الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب

جل

لبة

ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له ولا يتصدق
به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق
به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه
يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين اما لانه الاصيل بسبيل من
الاسترداد على تقدير ان يقضي المكفول بنفسه واذا كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين
ان يقرر ولا يقرر واقل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن
فيه شبهة الخبث واما لانه رضي به اي يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه
الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فيتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين
وهذا راجع الى اول الكلام وتقريره يمكن الخبث لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق
به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضى فاذا رد اليه وصل الحق الى
مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا
طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه انه يطيب له لانه
انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة
فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يطيب الربح للكفيل
وعند ابي يوسف رحمه الله يطيب **قال** رحمه الله ومن كفل عن رجل بالف اذا امره الاصيل الكفيل
ان يتعامل اناسا بطريق العينة وفسره المصنف بان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عليه
ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض
بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على
الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض
عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فكان الاعراض
عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا لكانت المرابحة مكروهة
وانما لزم الربح الكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله علي وانه
كلمة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس
بمضمون على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لاخر تبايع في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران
يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين يعني
اشتر لي حريرا بالعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير
غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك لانهما ان قيل الدين معلوم والمامور به
هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل
في الثمن واذا فسدت الكفالة والوكالة كان المشتري المشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة
على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من يصور للعينة صورة اخرى وهو ان يجعل
المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب باثني
عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع
الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته
وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور لغير
ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك

بيع العينة

فقال اذا انبا يتعينتم بالعين واستعنتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك
والعينة فانها اللعينة **قال** رحمه الله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه رجل كفل عن
رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل
ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد
صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به
اما مال مقضي به على الاصيل بدلالة ما قضي بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه
على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة
بينهما واما مال يقضى فيه بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل لقوله اطال الله بقاك فهو وان كان ضعيفا
لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم
البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول بمضي فلان من ادعى على الكفيل ان فلانا قاضي
كذا كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود
المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضي
او يقضي به بعد الكفالة والمدعي يدعي الفا يصح ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل
تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون
ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضي ولم يدعه او مال مقضي به ومع غيبة الاصيل
لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا يكون الدعوى صحيحة فلا يقبل البينة **قال** رحمه الله
ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفل عنه بامره قضي به على الحاضر
والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره فقضي به على الحاضر خاصة وههنا تحتاج
الى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين احدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم
لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به او يقضى به فكانت
الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف
ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما انه هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه
او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والاخر الفرق بين الكفالة بامره
وبينها بغير امره مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في ان لا
يكون الكفيل خصما على الاصيل بين ان يكون بامره او بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله
لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء
وكلما كانا كذلك فهما متغايران لا محالة واذا ثبت ذلك بدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر لان الحاكم
انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان
حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضي بالكفالة بالامر وقضي بالكفالة بالامر
ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر
الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه وان ادعاها بغير امره فالكفالة لا تمس جانب الغائب
اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه ان كان الشان في صحة الكفالة
بغير امر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل
وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق
الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ابهم فادعى رجلا انه كفل له على فلان بكل مال له قبله

خل

كم

يب

ولم يفسر واقام علي ذلك بينة وان له علي الغايب الف درهم كانت له قبل الكفاله فانه يقضي بها علي
الكفيل والاصيل فقاسوا ادعي الكفاله بامره او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب
خصما عن الغايب اذا لم يتمكن اثبات ما يدعي علي الحاضر الا باثبات ما يدعي علي الغايب والكفاله
اذا كانت بمعلوم امكن القضا عليه بدون القضا علي الاصيل لانه معلوم ومعروف بلا فصله
واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن علي الاصيل لان المجهول تحتاج الي التعريف والتعريف انما يحصل
بما كان له علي الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك علي فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعي وسياتي تمام ذلك
قوله وفي الكفاله بامره يجوز ان يكون فرقا اخر بينهما اذا اقام البينة علي الكفاله بامره وبين
ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفاله بلا امر عيانا ما رجع الكفيل
بما ادي علي الاصيل فكذا اذا اثبتت بالبينة وقال زفر رحمه الله لما انكر الكفيل الكفاله فقد زعم ان
الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه
كمن اشتري شيا واقر ان البايع باع ملك نفسه ثم جا انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع
بالبينة علي البايع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه
بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب به ثم اراد ان يرده علي بايعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله
خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه
واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده علي بايعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي
والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول
ليس بشرط للرد علي الثاني فافترقا **قال** رحمه الله ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ومن
باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعه علي ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو
تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك البايع فلو ادعي الدار بعد ذلك لنفسه علي المشتري
لا يسمع دعواه لان الكفاله اما ان تكون مشروطة في البيع اولا فان كان الاول وهو شرط ملايم
العقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يرتبط بكلام فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل
فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا
لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقال
ينتقض بالاقاله ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم من جهة الطالب لان
المراد بالنقض ما يكون بغير رضى الخصم والاقاله ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني
فالمراد بالكفاله احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال انه لا يرغب المشتري في شرا المبيع مخافة
الاستحقاق فيكفل بشكه لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البايع
فان ادركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البايع ومن اقر بملك البايع لا يصح دعواه بعد ذلك
وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه يؤول اليه في المعنى **قال** رحمه الله ولو شهد وختم ولو
شهد الشاهد علي بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه مكتوبا تحت
رصاص ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الايمة الحلواني ولم
ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو علي دعواه **قوله** وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في
زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم اولا فان ادعي لنفسه
يسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لتعد من الملازمة
ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة علي انه باع لا يكون

اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك
فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة علي البيع لا تكون تسليما
محمول علي ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع
فلان او جري البيع بين فلان وفلان فشهد علي ذلك وكتب شهد فلان البيع او جري البيع
عشهدي واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه
وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا يصح دعواه الا ان يشهد علي اقرار المتعاقدين
فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل علي الصحة والنفاذ **قال** **فصل
في الضمان** ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفاله في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان
مسايل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها للتغاير في اللفظ واعلم ان كل
من يرجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب
ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيا وضمن لرب المال لان
الكفاله التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الي الوكيل والمضارب لان
حق القبض للوكيل جهة الاصاله في البيع بنا علي ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الي الو
حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شي كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شي كان
حانثا وكذلك المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا ومضمونا
لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان
المال امانة في ايدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضنا
امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغيير الحكم الشرع وليس للعبد ذلك لا يرجعه
الي الشركه في الو بوسه وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير انما للرد عليه كاشتراط الضمان
علي المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية والمعير لم يجز لذلك ولقايل ان يقول
الوكاله بانفرادها مشروعة والكفاله كذلك فلم لا يجوز ان يكون المال امانة بايديهما
اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك نقلا للامانة الي الضمان وتحول من حكم شرعي الي
حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخمسماية والجواب ان رفع الامانة انما يكو
ببطلان الوكاله ليلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينيذ انما يكون لضرورة صحة الكفاله
والكفاله ههنا بمنزلة الفرع للوكاله لانه كفل بما وجب بالوكاله فلا يجوز ان يصح علي وجه يبطل
به اصلها بخلاف مسله البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة
واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه لو صح فان كان بحصته من الثمن
شايعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مفرزا ادى الي قسمة الدين قبل
قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك لا بد ان يكون حسا او بوصف يميز وكلاهما
فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوايد الظهيرية في تعليله لان ما يستحق بنصيب
احدهما فللاخر ان يشاركه فيه اذا كان مما لا بد ان لا احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيا كان
للاخر ولايه المشاركه ولو صح الضمان فما يوديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان
له ان يرجع بنصفه علي الشريك فاذا رجع بطل حكم الادا في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير
كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الي ان لا يبقى شي فهذا معنى
قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتدا ابطاله انتها فقلنا ببطلانه ابتدا ولا معنى لما قيل

في تعليل هذه المسايل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه لا الضمان ينصاف
الي نصيب شريكه فكيف يصح شايعا وقوله ولا وجه الي الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى
لهذا ايضا لانعقاد الاجماع علي ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة
وكذا اذا ضمن احدهما نصيب صاحبه ولكن التعويل علي ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله
فاذا رجع بطل حكم الادا في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح لو كان الرجوع باعتبار بعض ما ادي وهو ممنوع
بل هو من حيث انه استيفا من حيث لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه قوله
لان الضمان ينصاف الي نصيب شريكه فكيف يصح شايعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا
له اعتباران اعتبار نصف شايع في كل جزء من اجزا الثمن واعتبار نصف معين في بعض افراد لا بعلو له في الابا
من الافراد ولا خفا في اختلافهما وتغايرهما فنزل ذلك بعض في التعقل وقوله ولا معنى لهذا ايضا
لانعقاد الاجماع الي اخره يجاب عنه بانه انما لم تلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع
علي الشركة ولهذا كان للاخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمي كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم
ضمن احدهما الاخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الاخر لانه لا شركة ثمه لا نها
تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد
الاخر وله ان ينقض نصيب احدهما اذا نقد من حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن
له ذلك قال رحمه الله ومن ضمن عن اخر خراجه ونوايبه وقسمته فهو جايز الضمان عن الخراج والنوايب
والقسمة جايز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جايزان في الخراج قيل والمراد به
الموظف وهو الواجب في الذمه بان يوظف الامام في كل سنة علي مال علي ما يراه دون المقاسمة وهي
التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمه وقد تقدم في هذا
الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاه وذكر المصنف فرقا اخر بقوله وهو يخالف الزكاه لانها مجرد فعل
اذ الواجب فيها تمليك مال من غيره ان يكون بدلا عن شي والمال الته ولهذا لا يودي بعد موته الا بالوصية
واما النوايب فقد يراد بها ما يحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول كري الانهار المشتركه واجر الحارس
للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفدا الاساري بان احتاج الي تجهيز الجيش لقتال المشركين او الي فدا
اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا علي الناس لذلك والضمان فيه جايز بالاتفاق لوجوب
ادايه علي كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات
في زماننا وهي التي ياخذها الظلمة في زماننا ظلما ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح
الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبه بما علي الاصيل شرعا ولا شي عليه شرعا ههنا ولا يصح وممن
يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام لا اخاه صدر الاسلام ممن مال الي عدم صحتها قال فخر الاسلام
واما النوايب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها
لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبه لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا
ان من قام بتوزيع هذه النوايب علي المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة
الذي ياخذه باطلا ولهذا قلنا ان من قضي نايبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا
بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الايمة هذا اذا امره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يصير امره
في الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة
مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجي بمعنى النصيب
قال الله تعالى ونبيهم ان الما قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول

معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه
في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين
قسم صاحبه فيكون الرواية على قسمة بالضمير لا بالتا وقد علمت ان القسمة بالتا تجي بمعنى القسم
ثلاثا قال بعضهم هي النوايب بعينها وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره
بالواو للبيان من باب العطف للتفسير او حصته منها اي من النوايب يعني اذا قسم الامام
ما ينوب العامه نحو مونة كري النهر المشترك فاصاب واحد شي من ذلك فيجب اداوه فكفل به
رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته
بالواو ليكون عطف العام على الخاص كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملايكته ورسله
وجبريل وميكال فاشار المصنف الي ان الرواية باو وعلى تقدير ان يكون حصة من النوايب
لا ان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل او واما اذا كانت هي النوايب بعينها فهو محل الواو
ولما مر وقيل هي النايبه الموظفه الراتبه والمراد من النوايب ما ينوبه غير راتب فالحكم ما
قال بعضنا القول بها الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان حقا
بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق قال رحمه الله ومن قال لاخر لك علي مائة
الي شهر ومن قال لك علي مائة الي شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة
ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الي شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروي عن
ابي يوسف ابرهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر لان
الدين نوعان حال وموجل فاذا اقر بالموجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة
والجامع بينهما الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سياتي ولابي يوسف انهما تصادقا
علي وجوب المال ثم ادعي احدهما الاجل علي صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالافراد
بالدين والجواب عما اجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا
لنفسه وهو تاخير المطالبه الي اجل فكان فيه اقرار علي نفسه ودعوى علي غيره والاول مقبول
والثاني يحتاج الي برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما اقر بالدين لكونه حقا
لنفسه وهو تاخير المطالبه الي اجل فكذلك لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بحق المطالبه
بعد الشهر وقد وضح الفرق بينهما ولقايل ان يقول لا دين عليه فيقرر به الذين له انما اقر بالمطالبة
للخصم اذ يقول اقر بالمطالبه مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الي الاجل فكان ثمه اقرار
علي نفسه الي اخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة
لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت
الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول دافعا
عن الناقض لدفع الخصم في المجالس وذكر الثاني لزيادة استيضاح في الاستقصا علي حا
بتقرير وان الكفالة التزام المطالبه اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود
فيما نحن فيه فلا منافاة قوله ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق في الثاني ومبنا
علي ان ما لا يثبت الا بالشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو
حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون
بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط
وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت موجلا من غير شرط اذا كان موجلا علي الاصيل فكان الاجل

ذاتيا لبعض الكفالة متنوعة كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاصل في الديون عارضا لا يثبت له الا بشرط كان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة دائرا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم لغيره فكان القول قوله ووقع في المتن والشافي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله **قال** رحمه الله ومن اشترى وكفل له رجل بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لاحتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع ان يأخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فلذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية بمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق اجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل اراد ... الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لسائر ترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف كان محمدا اخذ ما املى ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف محمد ولذلك سماه محمد تبركا به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكر ههنا ثلث مسايل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه الالفاظ متشبهة لاشتراك وقع في استعمالها لانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصل لا يصح الكفالة به وقد يقع على العقد لانها مأخوذة على اصل العهد والعهد والعقد واحد وقد يقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد يقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به فصار مبهما يتعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فلان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار سببا له فوجب العمل به واما الثالث فابو حنيفة قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح **واجيب** بان فراغ الذمة اصل فلا يشتغل بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به القيمة الثمن مجازا اشهره امره مقداره وبلاغة التركيب ٥ باستعمال المجاز فيما لا يلبس تحصله على هذا ما يدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي

للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الفوايد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكر ههنا اي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف وكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا ليناسب الوضع **قال** رحمه الله اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المودى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى ما هو اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لا ثبت بها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصور فلا يعارضه بل يترجح الدين عليهما ويصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤهما لكون احدهما راجحا لا لانتفائه **قوله** ولانه دليل اخر على ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور وبيانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لكن ليس لصاحبه ان يرجع عليه لانه يودي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع الى عليه **وقوله** لان اداءه نائبه كادائه بيان الملازمة وتقريره ان صاحب المودى يقول له انت اديته عني بامري فيكون ذلك كادائي ولو اديته بنفسي كان لي ان اجعل المودى عنك فان رجعت علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذي اديته عني فهو ادائي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير ادائي كذلك والشريك الاخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فايدة فجعلنا المودى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بعد ذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى عن الكفيل فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه بما التزم على اخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المودى او كثيرا لان ما ادى احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة لعدم صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شايعا رجع على شريكه بنصفه ولا يودي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الاخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المودى عن الكفالة يودي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح لتاتي الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع

عليه من كفل عنه لا لهما قال وان شا بعني من ادى منهما رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره
ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع عن الاصيل وقالوا واذا ابرا رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع
لان ابرا الكفيل لا يوجب براة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بينا من قوله ان يكون
الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا ناخذه به وهو ظاهر **قال** رحمه الله واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب
الديون ان ياخذوا ايهما شاوا بجميع الدين اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان ياخذوا ايهما شاوا
بجميع ذلك فان ادى احدهما شيا لم يرجع على شريكه حتى يزيد المودي على النصف فيرجع بالزيادة لانهما تنعقد على
الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرما ان يطالبوا ايهما شاوا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد
المفاوضة قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذ والدين منه ليس له ان يرجع على
صاحبه حتى يودي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** رحمه الله واذا كوتب العبدان
كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال للمولى كاتبتكما على الف الى كذا فكل واحد منهما كفيل
عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس خلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد
منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكا[تب]
لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر انها تقتضي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه
الاستحسان ان نجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه اي باداء
كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانتما حران وهذا ان نجعل كل واحد منهما كفيلا
بالالف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا
اختلف الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بما له على حدة فيتعذر تصحيحها بهذا الطريق واذا عرف ذلك
عرف استواهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما
ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يود جميع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما
ولو رجع بالكل ولم يرجع بشي انتفى المساواة ولو لم يوديا شيا حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفته العتق
ملكه وبري العتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة للعتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف
وبقي النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على
كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفى
الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد
منهما بعضه فيجب ان لا يبيح الرجوع ما لم يرد المودي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب
بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو للتحرز عن تفرق الصفقة على المولى لان المودي لو وقع عن المودي على الخصوص
بادائه عن نفسه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان يوديا
جميعا فكان في التخصيص اضرار بالمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المودي عنهما جميعا واذا بقي النصف على
الاخر فللمولى ان ياخذ به ايهما شا المعتق بالكفالة واما صاحبه فبالاصالة قيل الحر المعتق بالكفالة
تصح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والبا[قي] في بعض
ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقا يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى
لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشي لانه
ادى عن نفسه والله اعلم

باب كفالة العبد

اخر هذا الباب التاخير لان العبد
متاخر عن الحر اما شرفه واما لان الاصل في بني ادم هو الحرية ووضع سوسه يقتضي تقديم كفالة العبد
في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه **قال** رحمه الله ومن ضمن عن عبده مالا لا يجب

عليه **قوله** لا يجب عليه صفة للمال او جواب المسالة **قوله** فهو حال وعدل عن عبارة محمد في الجامع
الصغير وهي قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق
فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تاويل فان العبد اذا
استهلك المال عيانا يوخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم
مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يوخذ به للحال بل بعد الاعتاق عند ابي حنيفة
ومحمد واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره
فلا يحتاج الى شي لتناولها ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطي
امراة بشبهة بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يوخذ بذلك كله للحال اما صحة الكفالة
في هذه الوجوه فانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فيصح كما في ساير الديون سواء
كانت في ذمة الملي او المفلس واما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول
الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق
الدين بملكه وهو المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة
عن غايب بحق ويوخذ به الكفيل في الحال وان كان في حق الاصيل متاخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يوخذ
من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين موجل حتى لا يوخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب
بقوله بخلاف الدين الموجل لانه متاخر بموخر يعني ان الدين ثمة تاخر عن الاصيل بموخر اي امر يوجب التاخير وهو
التاجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وهو التزام الكفيل ذلك فلزمه موجلا ثم اذا ادى الكفيل
رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه **قال**
رحمه الله ومن ادعى على عبد مالا الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا
فان بموته يبرا الكفيل لبراة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذا تمهيدا للتي بعدها ولبيان الفرق بينهما فان ادعى
رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته
لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل
وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل
بخلاف الاولى اي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن
كفيله وانما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث
يقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر
به على الاصيل **قال** رحمه الله واذا كفل العبد عن مولاه بامره اذا كفل العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلوا
اما ان يكون عليه دين مستغرق او لا فان كان الاول لم يصح كفالته لحق الغرما وان كان باذن المولى
وان كان الثاني صحت اذا كانت بامره لان ماليته لمولاه فله ان يجعلها في الدين بالرهن والاقرار بالدين
واذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس او المال مديونا كان العبد او غير مديون فاذا
صحت الكفالة وادى العبد ما كفل به بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد عتقه لم يرجع واحد منهما
على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر متحقق والمانع وهو الرق
قد زال ولنا ان هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا
اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير
موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الادا لا يرجع على الاصيل بشي كذلك
ونوقض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى

مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه مغالطة فان كلامنا ان العبد لا يستوجب على مولاه
دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به
قبل العتق فلا يكون فيما نحن فيه ولا يجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة بكفيل حرا وعبد واما مال
بمال الكتابه دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا غير بدل الكتابة اما بدل
الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس
ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيء من المال لكن ترك القياس
بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر اي ثابتا من وجه دون
وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضا دينا مستقرا لانها للتوثق للمطالبه واذا كان غير مستقر جاز ان
يسقط بغير اختيار الطالب فلم يتوثق الكفالة فايدة بل قد يكون هزوا ولعبا **قوله** ولانه دليل اخر
على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالادا
والابرا و**قوله** ولا يمكن اثباته دليل اخر على المدعي وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره ان
الكفالة به ان صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز
الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما اما الاول فظاهر
لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط
الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا
للزيادة على الملتزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل موجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة
المطلقة ولو كان حالا جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو
الزمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جايز واما غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه
سقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لان ثباته عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيا وبدل
السعاية كبدل الكتابة في عدم جواز الكفالة به للمولى على قول ابي حنيفة رضي الله عنه لكونه دينا غير
مستقر لثبوته مع المنافي لما ان احكام المستسعي احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة
وجواز التصرف برد الراس وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه
بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون والله اعلم بالصواب

باب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيهما التزاما لما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما
للاخر اذا اشترط موجب احدهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل
والبراءة [illegible] الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيف ما تركبت دارت على
معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل
التوثق به واما شرطها فسنذكره في اثنا الكلام وكذا احكامها وانواعها **قال** رحمه الله وهي جائزة بالديون
الحوالة جايزه بالديون دون الاعيان اما الجواز فيدل عليه النقل والعقل اما الاول فما روي ابو داود في
السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى
الحديث باسناده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي
فليحتل امر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا به من الشارع فدل على جوازها

واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها بالديون
فلانها تنبي عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي
انما يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره
الشرع في ذمة شخص اخر بالتزامه واما العين فاذا كان في محل محسوس ولا يمكن ان يعتبر في محل
اخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيها الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه **قال** رحمه الله
وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لان الدين حقه
وهو الذي ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل
العلم واما رضى المحال فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وقال
مالك واحمد رحمهما الله لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط
رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء واما اذا
اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه الزام الدين ولا لزوم بدون
الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون التزام لان الحاكم مظهر لا الزام لا
الزام واما رضى المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بان ذوي المروات قد ما يقولون
بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضا
لان الزام الدين من المحال عليه يصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحال
عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون فايدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره
وقيل العل موضوع ما ذكر في القدوري ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوا
فانها حينئذ تكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاه والظاهر
ان الحوالة قد يكون ابتدا وهما من المحيل وقد يكون من المحال عليه والاول احاله وهي فعل
اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال
يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا
اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الايمة الثلاثة بنا على ان ايفا الحق حقه فله ايفاؤه من
حيث شاء من غير تيسر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه
بعض الشارحين بنا على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي **قال** رحمه الله واذا تمت الحوالة
برئ المحيل من الدين بالقبول اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله
بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضى من رضاه شرط فيها على ما تقدم و**قوله**
من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا قال منهم من ذهب الى انها توجب براءته
عن المطالبة ومنشا ذلك ذكر محمد احكاما تدل على القولين فمما يدل على الاول ما قال ان المحتال
اذا وهب الدين من المحيل وابراه من الدين بعد الحوالة لا يصح هبته وابراؤه ولو بقي الدين
في ذمته وجب ان يصح ولو ابرا المحال عليه او وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول
الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عليه ومما يدل على الثاني ان المحتال اذا ابرا المحيل عليه
صح ولا يرتد بالرد كما برا الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما
لو ابرا المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابرا حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين
والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد ما للمحتال يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين
بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضا الدين لا يجبر رب

المال على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي
يوسف والثاني قول محمد والفايده يظهر في الراهن اذا احال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يو
يسترد كما لو ابراه عن الدين وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفيما ابرا الطالب المحيل بعد
الحواله عند ابي يوسف لا تصح البراة بالحواله وعند محمد يصح لبقا الدين في ذمته اذ التحول بها هو المطالبة
لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض
لذكرها لان انتفا الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن
المطالبة لاستلزامه اياه وقال زفر لا يبرا الا بالحواله كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة
لا يبرا فكذا في الحواله وقال ابن ابي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله الكفالة كالحواله لما ذكرنا وفي الحوالة
يبرا فكذا في الكفاله وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى افتراق وهو
اختصاص كل منهما بمفهوم خلاف مفهوم الاخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا
حصل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقا ما يضم اليه والاصل موافقة
الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بالحواله بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل
فيها ولا تحويل وهو ينقض اجمالي والجواب انا لا نسلم انه لا نقل فيها فانه يعيد ان الدين ظاهر التحقق ولهذا
لا يبقى على المحيل شي **قوله** والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر وتقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقده
توثق لكن براة المحيل لا تنافيه لان التوثق تحقق معها باختيار الاملى اي الاقدر على الايفا لبسوطة سعة
ذات اليد والاحسن قضا بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة يدل في الجواب بالعول
بالموجب **قوله** وانما جبر على القبول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق
المعاني اللغوية وتقريره لو صح ذلك لا نتقل الدين من المحيل وصار اجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب
ان لا يجبر المحتال على القبول اي لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود
لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وبادا الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب
لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو
محتمل فلا يكون متبرعا **قال** رحمه الله ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف
على قوله برى المحيل اي اذا تمت الحواله بالقبول برى المحيل ولم يرجع المحال على المحيل بشي الا ان يتوى
حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان براة المحيل حصلت مطلقا
اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمه ما يدل على التقييد وكل ما كان
كذلك لا يعود الا بسبب جديد كالابرا ولنا بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه
دين فاحاله به على اخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له ابعدك الله فابعده بمجرد
احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع والاول
مسلم لكن لا يفيد لجواز ان يكون مقيده بدلالة الحال او العرف والعادة فنقول انها حصلت
مقيده بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرط الحوالة
التوصل الى استيفا الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف
بالنسبة الى الايفا فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونها هو المطلوب
فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة
في المبيع بان اشترى شيا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط
ذلك لفظا لان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين

وهو

وهو عبارة بعض المشايخ رحمهم الله **وقوله** او تنفسخ الحواله لتواه اي لفوات المقصود وهو السلامة لانه
قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشتري
اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما هو اشارة الى
عبارة اخرين منهم وهو يشير الى ان الحواله تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف جمع بين طريقي المشايخ
واستخدم **قوله** فصار كوصف السلامة في البيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي
عن عثمان رضي الله عنه انه قال اذا توي المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان كما توي على مال مسلم
ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان المحال له وقت الحواله مخير بين ان يقبل الحواله
فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يا باها فيبقى حقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا
اختار احدهما تعين عليه ولا يعود الى الاخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توي ما
عليه لم يرجع على الاخر بشي وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فاختار الغرما استسعا العبد ثم توي عليهم
ذلك لم يرجعوا على المولى بشي والجواب ان قوله اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به تعيين
احدهما والاخر خلف عنهما او كل منهما اصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كا
الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى
الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة انوا الحق الى وصف يقتضي ثبوته
فاسدة في الوضع **قال** رحمه الله والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين توى المال اذا تلف وهو
عند ابي حنيفة يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحواله فيحلف ولا بينة للمحتال ولا
المحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى
الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في الثاني فلانه لم يبق
ذمة يتعلق بها الحق فيسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لان براة المحيل كانت براة نقل
واستيفا لا براة اسقاط فلما تعذر الاستيفا وجب الرجوع وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم
الحاكم بافلاسه بالشهود حال حيوته وهذا الاختلاف بنا على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق
خلافا لهما فان التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفا حقه فصار
كموت المحال عليه وقال العجز عن ذلك عجز ايتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان المال غاد ورايح
وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال
المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والشافي ان القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك
بالاصل وهو العسرة فقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل
مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة **قال** رحمه الله
واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل بمثل الحواله مدعيا قضا دينه من ماله فقال
المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل **قوله** ووجب عليه مثل ذلك الدين لان سبب الرجوع وهو
قضا دينه بامره قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر
والبينة للمحيل فان قيل ان اقدامه على قبول الحواله اقرار بالدين انه يدعي عليه في الرجوع فاقبل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا
منه بالدين اجاب عليه بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحواله قد تكون بدون الدين على
المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحيل
المحال بما احاله فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول
المحيل فان قبل الحواله حقيقه في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة

بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحواله ومعناه ان دعواه تلك دعوي ما هو من محتملات لفظه وهو الوكاله
فان لفظ الحواله يستعمل فيها مجازا لما في الوكاله من نقل التصرف من الموكل الي الوكيل فيجوز ان يكون مراده
من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر قال رحمه الله ومن اودع
رجلا الف درهم اعلم ان الحواله علي نوعين مقيده ومطلقه فالمقيده علي نوعين احدهما ان يقيد
المحيل الحواله بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي
له علي المحال عليه والمطلقه وهو ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له علي المحال عليه ولا بعين عليه له
في يده وان كان له ذلك عليه وفي يده وان يحيل علي رجل ليس له عليه دين لانه في يده عين ايضا علي نوعين
حاله ومؤجله فالحاله هي ان يحيل المديون الطالب رجلا بالف حاله فانها تكون علي المحال عليه كذلك لانها تحويل
الدين من الاصيل فيتحول علي الصفة التي علي الاصيل قبل الاداء ولكنه يتعاطيه ما فعل به كما تقدم في الكفالة
والمؤجله هو ان يكون الدين علي الاصيل مؤجلا فيحيل علي المحيل المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون علي المحال
عليه الي ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا قوله ومن اودع رجلا الف درهم واحاله بها عليه
اخر فهو جايز لبيان جواز الحواله المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه وديعة وقوله لانه اقدر علي القضا
دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما ان الاداء منها يتحقق من غير حق المحيل وحينئذ لا يجب عليه الا
فكان اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا تحتاج الي كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان قدر
علي القضا كان اولي بالجواز فكانت جايزة بالدين فلان يكون جايزة بالعين احرى فان هلكت الوديعة بري
المودع وهو المحال عليه وليس للمحتال ثني عليه لتقييدها بها اي لتقييد الحواله بالوديعة لانه ما التزم
الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكوه المتعلقه بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت
مقيده بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحواله بها بيان لجوازها بالعين في
المغصوب به وانما اذا هلكت لا يبرا الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب علي الغاصب مثله ان كان
مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فوتا الي خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما
وقوله وقد تكون الحواله مقيده بالدين ايضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل
علي اخر الف درهم وللمديون علي اخر كذلك احال المديون الطالب علي مديونه بالالف علي انه يوديه من الالف
التي للمطلوب عليه فانها جايزة وحكم الحواله المقيده في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين
وديعة كانت او غصبا وبالدين ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين او الدين الذي
قيدت به الحواله به بعدها لانه تعلق به حق المحال فانه انما رضي بنقل حقه الي المحال عليه بشرط
ان يوفي حقه مما للمحيل عليه او بيده فتعلق به حق استيفايه واخذ المحيل ذلك يبطل ذلك هذا
الحق فلا يمكن من اخذها ولو دفعها المودع وغيره الي المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق
الغير علي مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل
المرتهن وقوله وان كان اسوة الغرما اشارة الي حكم اخر به يخالف حكم الحواله حكم الرهن بعد
ما اشتبها في عدم بقا حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحواله اذا كانت مقيدة بالعين والدين وعلي
المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيا سوي العين الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي عليه
فالمحال اسوة للغرما بعد موته خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس لان دين غرما المحيل يتعلق بمال
المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له ان ياخذه في حال حيوته فكذا بعد وفاته
ولان المحتال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرما لم يتعلق في صحته فيقدم
المحال علي غيرهم كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر

مملوكا للمحال بعقد الحواله لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحواله ما وضعت للتمليك وانما وضعت
للنقل فيكون بين الغرما واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون
شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه قوله وهذا اشارة الي قوله ان لا يملك
المحيل وتقريره ما ذكرناه انفا وقوله بخلاف المطلقه لبيان الحواله المطلقه وانها
لا تبطل باخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير للشان لا
يتعلق حق المحال به بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه الي
وفا الذمة سعة فاخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحواله وعلي هذا ليس للمودع والغاصب
ان يودي دين المحتال من الوديعة والغصب وللمحيل ان ياخذ مما منع بقا الحواله كما كانت قال
رحمه الله ويكره السفاتج السفاتج جمع سفتجه بضم السين وفتح التا فارسي معرب اصله سفته
يقال للشي المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان تدفع الي تاجر قرضا ليدفعه الي
صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا ما لا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه علي سبيل
القرض لا علي سبيل الامانه ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهي رسول
الله صلي الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا باس بذلك
ثم قيل انما اورد هذه المساله في هذا الموضع لانها معامله في الديون كالكفالة والحواله فانها معامله
ايضا في الديون والله تعالي اعلم بالصواب

لما كان اكثر المنازعات تقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضا القاضي والقاضي يحتاج الي
خصال حميدة يصلح بها للقضا وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع علي كل رياضة محمودة يتخرج
بها الانسان في فضيلة من الفضايل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة يعصم من قامت به عما يشينه
ولا شك ان القضا بالحق من اقوي الفرايض واشرف العبادات بعد الايمان بالله تعالي امر الله به كل مرسل
حتي خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالي انا انزلنا التوراة فيها هدي ونور
يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم قال رحمه الله ولا يصح ولاية
القاضي لا يصح ولاية القاضي حتي يجتمع في المولي بلفظ اسم المفعول واختاره علي المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة
الي ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتوليه غيره لا بطلبه شرايط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل
والبلوغ ويكون المولي من اهل الاجتهاد اما الاول يعني اشتراط شرايط الشهادة فلان حكم القضا يستقي اي
يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضا والشهادة من باب الولاية وهو تنفيذ القول علي الغير ثبت
ان الي وهل كا استيفا حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرايط الشهادة لان ولاية القضا لما
كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة او مرتبة عليها كانت اولي باشتراطها وربما لوح المصنف بقوله
يستقي استعارة للاستفاده الي ذلك علي هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضا وبالعكس
فالفاسق اهل للقضا لاهليته للشهادة حتي لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يوتمن في امر الدين
لقله مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بنا علي
ان العداله ليست من شرايط الشهادة نظرا الي اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي صلي الله عليه وسلم
بالخيرية والظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الرا وكسرها وهي
معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق

فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام
البزدوي قوله وهذا اشارة الى استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي
انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون اشارة الى
ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضا فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضا لا يصير
والاول اظهر لقوله وعن علمائنا الثلاثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي بانه لا يجوز قضاؤه عنده
كما لا تقبل شهادته عنده وقيل هذا بنا على ان الايمان يزيد وينتقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق
فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد
اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها فكان التقليد مشروطا ببقا العدالة فينتفي ○
بانتفائها واعترض بان قول الفقها البقا اسهل من الابتدا ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتدا والعزل
بالفسق الطاري والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن بني عليه احكام كثيرة كبقا النكاح بلا شهود
وامتناعه ابتدا بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقا لا ابتدا فيمتنع الثاني وهو ثبوت القضا بالفسق
الطاري والجواب يوخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضا والامارة
بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان
قتل فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره
في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضا والامامة
والامارة فان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة
على السلطنة والقهر والغلبة الا ترى ان من الامرا من قد غلب وجار وجاز واحكامه والصحابة تقلدوا
الاعمال منه وصلوا خلفه واما مبنى القضا فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضا ضرورة
والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب
الى الخطا فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضا فان لفظ القدوري
يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون
قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان
له راي فان لم يكن له راي وسال فقيها اخذ بقوله **قوله** واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل
ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب
لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقها وهو المناسب لسياق الكلام وهو
قوله خلافا للشافعي رحمه الله فانه علل له بقوله ان الامر بالقضا يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون
العلم ولم يتعرض للاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق
فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود
من القضا هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى
غيره يؤيده ما ذكره احمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه
وسلم الى اليمن فقلت بعثتني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضا فقال
ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضا بين اثنين بعد ذلك فانه يدل
على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من اهل الاجتهاد نعم ينبغي للمقلد ان يختار
الافقه والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان
الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونا

فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل **قوله** وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى
الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد قررناه في التقرير مفسرا وحاصل
ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار وصاحب فقه له معرفة
بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبادات ... وقيل ان
يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة عن
التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب
على ما يصلح ان يكون سببا له من عرف او عادة فان من الاحكام ما ينبني عليها مخالفا للقياس ه
كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك **قال** رحمه الله ولا باس بالدخول في القضا ولا باس
بالدخول في القضا لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضا بالحق فرض امر
به الانبيا قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا
انا انزلنا عليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا باس بالدخول
فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا
عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما في صلاة الجنازة
وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان فيه باس **قال** رحمه الله ويكره
الدخول لمن يخاف العجز ومن خاف العجز عن اداء فرض القضا ولا يامن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له
الدخول فيه كيلا يصير الدخول فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرته القبيح وهو الحيف في القضا وانما
عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حكام الدنيا باخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك
مشروطا بمقدار معين مثل ان يقول لي على فلان او له علي مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض
العلما او بعض السلف الدخول فيه مختارا سوا وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وقيل والكراهة هنا بعدم
الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى
ان ابا حنيفة رضي الله عنه دعي الى القضا ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في
المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت
الناس فنظر ابو حنيفة نظر المغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه
وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضا فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل
واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضا فكانما ذبح بغير سكين رواه
ابو هريرة وذكر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضا بالذبح بغير سكين قال لان السكين
يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبال
القضا لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه لانه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني يقول
لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا
الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض
الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموس والقى راسه بين يديه ثم قال المصنف والصحيح ان
الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل روى الحسن عن ابي يوسف ومحمد انه اذا قلد من غير
مسالة لا باس به وقال ابو العزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا ولا
يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القا
للخصاف دخل في القضا قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه

يلتزم انه يقضي بحق ولا يدري القدرة على الوفا به اولي وفي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في
البلد غيره من يصلح للقضا فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض الدخول صيانة لحقوق
العباد في حقهم واخلا للعالم عن الفساد في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضا فامتنع
كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا ان كان السلطان بحيث لا ... يفصل بينهم والا فلا وان
امتنع الكل حتى قلد جاهلا اشتركوا في الاثم لادايه الي تضييع احكام الله تعالى **قال** رحمه
الله وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها من صلح للقضا ينبغي له ان لا يطلب الولاية
بقلبه ولا يسالها بلسانه لما روي انس بن مالك رضي الله عنه من قوله عليه السلام من طلب القضا
وكل الي نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف اي فوض امره اليه ومن
فوض امره الي نفسه لم يهتد الي الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضا
فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاه واعجب فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بطلب
ما لو ناله حرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكراه على ما لا يحبه
ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق **قوله** ثم يجوز التقلد
تفريع على مسئلة القدوري بيان انه لا فرق في جواز التقلد لاهله بين ان يكون المولي
عادلا او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة تقلدوا القضا من
معويه وكان الحق مع علي في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر وانما قيد بقوله في نوبته
احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمن رضي الله عنهم وليس الامر
كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفا قبله وموضعه باب الامامة
في اصول الكلام وعلما السلف والتابعين تقلدوا من الحجاج وجوره مشهور في الافاق
و**قوله** الا اذا كان لا يمكنه من القضا استثنا من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر
فانه اذا كان لا يمكنه من القضا لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فايدة لتقلده بخلاف ما اذا كان
يمكنه **قال** رحمه الله ومن تقلد القضا تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله من تولي
القضا بعد عزل اخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرايط التي فيها السجلات
وغيرها انما وضعت في الخرايط لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا والا لا
بينه وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تول اليها بالتذكير
ثم البياض الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان او رقا لا يخلو عن امور ثلاثة اما ان يكون
من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي الاول فان كان الاول فان تسلم فوجه
تسلم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يد لعمله
وقد انتقل الي المولي وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تديناً لا تمولا و**قوله**
في الصحيح في الصورتين احترازا عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او من
مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيها ما ذكر لما ذكر
قوله ويبعث امينين بيان لكيفية التسلم وهو ان يبعث المتولي رجلين من ثقاته وهو
احوط والواحد يكفي فيقبضانها بحضرة المعزول او امينه ويسالانه شيا فشيا ويجعلان كل
نوع في خريطة على حدة كيلا يشتبه على المولي وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة
في الخرايط بيد المعزول ربما يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولي فلم يتقدم
له عهد بذلك فان ترك بمجتمعه يشتبه على المولي فلا يصل الي المقصود وقت الحاجة او

ينحصر عليه ذلك وهذا السوال اي سوال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل
التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك ختمان على ذلك احترازا عن
الزيادة والنقصان **قوله** وهذا السوال لكشف الحال يدل على ان السوال بمعنى
الاستعلام وهو يتعدي الي المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك ولجيب بان المفعول
الثاني محذوف وتقديره ويسالان المعزول عن احوال السجلات وغيرها و**قوله** شيا
فشيا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسالانه اي يسالانه شيا فشيا عنها وليس بشي
لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعلا لا يعني منفصلا في قوله بسه له
حسابه بابا بابا وينظر المولي في حال المحبوسين بان يبعث الي الحبس من يحصيهم ويانيه باسامهم
ويسال المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة
لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه
اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ملزم الي الواحد يحل عرضه وعقوبته اي حبسه ومن انكر ما يوجب الحبس
لم يقبل المعزول عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار لواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبوله
لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم
الي الحبس لقيام الحجة وان لم يعرف فحص بسال عن الشهود فان عدلوا فلذلك فان لم يقيموا ولم يجز
خصم وادعي المحبوس انه لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذا
جلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان فليحضر فان حضر والا تمم راي
القاضي ان يطلقه فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ منه كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل المعزول
حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر امره كيلا يودي الي ابطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم
غايب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة في اخذ الكفيل ههنا وبين قسمة التركة بين الورثة حيث
لا ياخذ هناك كفيلا على ما سيجي ان في مسئلة الحق للوارث الحاضر ثابت بتعين وفي ثبوته لغيره
شك فلا يجوز تاخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغايب ثابت بيقين نظرا الي ظاهر حال
المعزول لكنه معزول مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا
ايضا على الخلاف فلا يحتاج الي فرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق والفرق
المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لم يجب على شي نادي عليه
شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فان امتنع احتياط بوجه اخر وهو يحصل بالندا عليه
شهرا او ينظر المولي في الودايع وارتفاع الوقوف لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور
على حسب ما تقوم به البينة او باعتراف من هو بيده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة ولا
يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول
المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كانه بيده
للحال ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع انا بدا ذو اليد
بالاقرار بغير من اقر له القاضي فانه يسلم الي المقر الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي
باقراره الثاني ويسلم الي المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه وذلك
لانه من بيت المال اما ان يقر بشي مما اقر به المعزول او يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا
يجب بقول المعزول عليه شي وان كان الاول فلما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان ابن فلان
من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب اولا بتعليله واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير

من اقرله القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدا بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كالمالك
في يده لما مر ثم اقرانه لفلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان غير من اقرله القاضي ودفعه
الي القاضي وهو المذكور في الكتاب اخرا وحكمه ان المال يسلم الي المقرله اولا ويستوفي حكمه
ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الي المقرله من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته
ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الي المقرله واذا قال بعد ذلك دفعه
الي القاضي وهو يقول لفلان اخر فقد اقران اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقرله القاضي
اتلف المال علي من اقرله القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وعزى الي صدر
الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده اولا وعلي كل واحد
من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدا واليد بالدفع من القاضي وبين ما بدا بالاقرار للغير
لشمول الضمان او شمول العدم ولو اراد اذكر الضمان للمقرله ثانيا في الوجه الرابع ويمكن
ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار
ممن لا يد له لصدوره عن الاجنبي عن المقرله فاسد فاذا اقر باليد لشخص ثم اقر بعده بالملك
لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عن من لا يملكه واذا اقر بالملك لغيره بما في يده صح اقراره
ثم بالاقرار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه يسمع
في حق المودع لكونه اقرارا علي نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره في وقت سمع منه ذلك والله
اعلم **قال** رحمه الله ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا الحاكم يجلس للقضا جلوسا ظاهرا في المسجد
كيلا مكانه علي الغرما وبعض المقيمين وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال والمسجد الجامع
اولي لانه اشهر وارفق بالناس قال الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلد
واما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها
وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله
تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك رحمه الله بين
ما كان الحاكم في المسجد فيقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول
وكره الثاني ولنا ما روي انه صلي الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول
الله صلي الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفا الراشدون رضي الله عنهم
كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضا بالحق من اشرف العبادات فيجوز
في المسجد كالصلاة **قوله** ونجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في
اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي صلي الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد
فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه شي والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او
الي باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة
فان قيل يجوز ان تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا
الكفار ليسوا مخاطبين بفروع الشرائع فلا باس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا باس بذلك
قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره في وسط البلدة كما في المسجد فاذا جلس فيها ياذن للناس
في الدخول فيها لان لكل احد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد
حتي يكون ابعد من التهمة او في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة **قال** رحمه الله ولا
ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له او ممن

جرت عادته بالمهاداة قبل القضا اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جواب القضا اذا لم يكن علي
صفة المستثني وهو حرام والاصل في ذلك ما روي البخاري باسناده الي عروة بن الزبير عن ابي
حميد الساعدي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد فقال له ابن اللتبية
علي الصدقة فقال فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي الي فقال صلي الله عليه وسلم فهلا
لا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ا يهدي له ام لا واستعمل عمر رضي الله عنه
ابا هريرة فقدم بمال فقال له من اين لك هذا قال ما عب الخيول وتلاحقت الهدايا
فقال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فينظر ايهدي اليك ام لا فاخذ ذلك منه
وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما
القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه جالب للقرابة وهو مندوب لحصول الرحم
وفي الرد يعني القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضا
وان لا يكون وعبارة النهاية تدل علي المهاداة بينهما قبل القضا شرط قبولها كالاجنبي واما
القبول ممن جرت عادته قبل القضا بمهاداته ولم يزد فلانه ليس باكل علي القضا بل هو
جري علي العادة حيث لم يزد علي المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقا
اما ان يكون ذا خصومة او لا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا سواكان قريبا
او مهاديا قبل القضا او لم يكن والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك او لا
والثاني كذلك لانه اكل بالقضا فتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من ماله العادة
علي المعتاد قال الامام فخر الاسلام ان زاد علي المعتاد غير ما زاد اذا ماله بقدر ما زاد في
المال لا باس بقبوله ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ
فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها علي اربابها ان عرفهم واليه اشار
في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت
المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا
العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعني لهم ولا يحضر القاضي دعوة الا ان يكون
عامة قيل وهي ما يكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العروس والختان
عامة وما سوي ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي
لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الايمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين
القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كانت
خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوزنا قبول هدية ذي الرحم
المحرم ولم يجوز احضور دعوته انما قالوا في الضيافة محمول علي قريب لم يكن بينهما دعوة ولا
مهاداة قبل القضا وانما احل بحث وما ذكروا في الهداية محمول علي ما اذا كان بينهما مهاداة
قبل القضا صلة للرحم وذكر صدر الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم لا ينبغي
ان لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يودي الي ايذا الخصم الاخر او الي التهمة
قال رحمه الله ويشهد الجنازة ويعود المريض الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان
ذلك من حقوق المسلم قال النبي صلي الله عليه وسلم للمسلم علي المسلم ست حقوق روي ابو ايوب
رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول للمسلم علي المسلم ست خصال
واجبة ان ترك شيا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده

واذاماتا ان يحضر واذالقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته
كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه عليه السلام نهى عن ذلك روي عن علي رضي
الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه
معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة **قال** رحمه الله واذا حضرا سوى بينهما اذا حضر
الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاية والاخر من غيرها او كان اباوابنا يسوي بينهما
في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي
فيفوت التسوية ولو اجلس احدهما يمينه والاخر يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل
السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من
مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما لئلا يكون منفصلا لاحد الخصمين على الاخر
وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه
والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسوي بينهم في المجلس
والاشارة **قال** رحمه الله ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم القاضي احد الخصمين
سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا براسه ولا بحاجبه ولا يلقنه حجه ولا يضحك في وجهه لان في ذلك
كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب فيحجم عن طلبه حقه فيتركه وفيه اجترا
من فعل به ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضا وينبغي ان يتم
من يريد به رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساة الادب ويقال له
صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين
مقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس **قال** رحمه الله ويكره تلقين الشاهد
تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما تستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول
انشهد بكذا وكذا امكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف
الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضا مشروع لاحيا حقوق
الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي وكان في التلقين احيا للحقوق بمنزلة
الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثلا ان ادعى المدعي الفا وخمسماية والمدعى عليه ينكر
خمسماية وشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرا الخمسماية واستفاد الشاهد
علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتاخير قول ابي يوسف رحمه
الله يشير الى اختياره المصنف والاشخاص هو ارسال الراجل لاحضار الخصم والله اعلم

فصل في الحبس

لما ان الحبس من احكام القضا وتعلقاته احكام افرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله
تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم وابي بكر وعمر وعثمن رضي الله عنهم يحبس وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن ولما
كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا
من مدر فسماه مخيسا ولان القاضي نصب لاحيا الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب من ادا
حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الادا ولا خلاف ان لا يجبر بالضرب فيكون بالحبس
قوله رحمه الله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي
وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان تثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يعجل

بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزا المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره
لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لانه من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان
ابيت او فيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وان كان الثاني حبسه كما ثبت
لظهور المماطلة بانكاره وروي عن شمس الايمه السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة
كان له ان يعتذر ويقول ما علمت ان دينا علي فاذا علمت الان لا اتوانى في قضايه ولا يمكنه مثل
هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه لان
مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجي رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة
وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثم من يكفنه ويغسله لان حقوق
الميت تصير مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق
الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر بالطالب وان مرض واحتاج الى الخادم لا يخرج لانه شرع
ليضجر قلبه فيتسارع الى قضا الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم اخرجه لانه اذا لم يكن
له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته
فيطاهما حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضا شهوة البطن فكذا شهوة الفرج **وقيل** الوطي
ليس من اصول الحوايج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضا
الدين ويمنعون من طول المكث عنده **قال** رحمه الله فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
او التزمه بعقد اي ان امتنع الغريم عن ادا ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسال عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي
اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول
المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده
كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل في يده
ثبت غناه به وزواله عنه محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل
يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادايه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال
وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد معجله دون موجله
لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك
يعني ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال اني فقير لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من
عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا بالبينة فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا ان القول قول المدعي
عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الادمي يولد ولا مال له والمدعي
يدعي عارضا والقول لمن يتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ويروى
ان القول له الا فيما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف لانه عرف دخول شي في ملكه
وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول
فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شي ولم تعرف قدرته على القضا فبقي متمسكا بالاصل وهو
العسرة فكذلك لانه اقوال وفي المسالة قولان اخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة
فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخر ان يحكم الزي ان كان زيه زي الفقرا كان القول
له وان كان زي الاغنيا كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم
يتكلفون في الزي مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار **وقوله** وفي
النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر

وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان يؤيدان القولين الاخرين اما تاييد مما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر اولا لكان القول قول المراة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييد مما للذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن المسئلتين المذكورتين وتقريره انه اي النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا سقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بابراء من له او بايفاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه على انه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته الا بالايفاء واقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسال جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكر وروى غير التقدير بشهرين او ثلاثة وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر اجل قال شمس الائمة الحلواني وهو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي يضجر الاخر فان وقع في رواية انه هذا الرجل يضجر في هذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر ساله عن حاله بعد ذلك فان سال عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فتكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعرف انه معدم حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السوال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برايه ولكن لو سال كان احوط قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم تقبل فيما اذا انكر المشتري جوار المبيع للشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب المشتراه فاقام الشفيع بينة انه له نصيبا في هذه الدار ولم يثبتوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة مما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ليكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال رحمه الله فان لم يظهر له مال خلى سبيله فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي راها القاضي برايه او بعد مضي المدة

التي

التي اختارها بعض المشايخ اشهرا او شهرين او اربعة على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعد ذلك ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فكان المفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم يمض المدة وليس كذلك كان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان عدلان او شهد بذلك انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان في رواية تقبل وفي رواية لا تقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ وان كانت قبل الحبس فعن محمد فيه روايتان في رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة وفي اخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت واذا حبس ومضت مدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هار للطالب ذلك مرة وسنذكر في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى تاويل فلهذا ذكره المصنف وتاويله بقوله ومراده اي ومراد محمد اذا اقر عند غير القاضي وعنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان يكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل ويحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل قوله والحبس ولا ينبغي ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا ومده بما بيناه ليس يحتاج الى ذكره لهما فلا بعينه قال رحمه الله ويحبس الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعته الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد ولم القصاص قال الله تعالى ولا تقل لهما اف ولا تنهرهما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء والده وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها وسائر الديون لم يسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين كدين الكتابة والله اعلم بالصواب

كتاب القاضي الى القاضي

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضا وايضا الاول ليس يتم بقاض
واحد وهذا ما بين الاثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يابي جواز العمل به لانه لا يكون اقوى
من عبارته ولم تقبل ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب
لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير والخط والخاتم الا انه
جوز لحاجة الناس الى ذلك لما روي ان عليا جوزه لذلك وعليه جمع الفقها **قال**
رحمه الله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق
تثبت بالشهادة دون ما يندري بها اذا شهد بها بعض الشهود عند المكتوب اليه للحاجة
وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم او لا وسكت
يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضا على
الغايب فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب
حكمه وهو مدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضا على الغايب
وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما
ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رايه او خالفه لاتصال الحكم به
واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك **قوله**
وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرايط منها العلوم الخمسة وهو ان يكون من معلوم الى معلوم
في معلوم لمعلوم على معلوم وسيذكر ما عداها ان شا الله تعالى **قوله** وجوازه هو الموعود
بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط
وهو تعذر الجمع بين الشهود والحكم كما جوز الشهادة على الشهادة لاحيا حقوق العباد فكذا جوز
الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في
مناط الاستحسان **قوله** يعني قول القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح
والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة
الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته **قوله** وهو يعرف اي الدين يعرف
بالوصف يشير الى ثلاثة اشيا الى ان الدين مما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج
الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة
الدين في انها يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج
اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمراة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في
النسب فكانت بمنزلة الدواب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية
واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح
والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا ترى ان الاشارة الى الدين والمديون لا بد منها عند
دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف
فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي
حنيفة ومحمد ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن ابو يوسف في العبيد دون
الاما لغلبة الاباق في العبيد دون الاما فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق
فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا وعنه اي عن ابي يوسف
انه يقبل فيهما بشرايط تعرف في موضعها يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح ادب القاضي

وصفه ذلك بخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من
قاضي بخاري ان يكتب بشهادة شهوده عنده بحث الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان
العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند فاذا انتهى بيد فلان بغير
حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه
بحضرة العبد مع من هو بيده لتشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح
الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد
وياخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص لئلا يتهم المدعي بالسرقة
ويكتب كتابا الى قاضي بخاري ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا
وصل الى قاضي بخاري وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا
بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك
القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخاري لا يقضي
للمدعي بالعبد لان الخصم غايب ولكن يكتب كتابا الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده
ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي
له بحضرة المدعي فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب
في الجواري صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث
بها معه على امين لئلا يطاها قبل القضا بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة وابو محمد
قالا هذا استحسان فيه بعض صلاح بانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويشغله
وياكل من غلته قبل القضا بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشتبهان فان
المختلفين قد يتفقان في الحلى والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه يقبل في
جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول
قال رحمه الله ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي
الا بحجة تامة رجلين او رجل وامراتين لما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها
واما قبوله برجل وامراتين فلانه حق لا يسقط بالشبهة وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه
شهادة النسا مع الرجال كما في ساير الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى
القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب ولهذا **نقضه** المصنف بقوله بخلاف
كتاب الاستيمان يعني اذا جا من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو
امنه الامام صح لانه ليس بملزم فان الامام وان في الامان وتركه بخلاف رسول القاضي الى المزكي
وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا ترى انه لو
قضى بالشهادة بلا تزكية صح **قوله** وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل يشير الى ان رسول
القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق ومن القضا عليه ببينة وبغيرها والقياس
يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله
او اتحادهما في عدمه لان القياس يابي جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر
في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب
كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضا فكان كالخطاب من موضع القضا فيكون حجة
واما الرسول فقايم مقام المرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع

قضايه كقوله واحد من الرعايا **قال** رحمه الله ويجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا مافيه
شرط ابو حنيفه ومحمد علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرا الكاتب
كتابه عليهم ليعرفوا مافيه او يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا مافيه كانت شهادتهم بلا علم وهي
باطلة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود لئلا
يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف آخرا ليس من ذلك
انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة
على حفظهم فان فات شي من الاموال المذكورة لا تقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف آخرا شي من
ذلك ليس بشرط بل اذا اشهدهم القاضي انه هذا كتابه وخاتمه فشهد واعطى الكتاب والختم عند القاضي
المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضا وانما قال
آخر الآن قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا
على الناس **قال** رحمه الله واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام
المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه
لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بمحضر من الخصم فلذلك
هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه الخصم لا سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جايزا وان كان ان
بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم عند الحكم به
قال رحمه الله واذا سلمه الشهود اليه اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه
فاذا شهدوا انه هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه
القاضي وقراه على الخصم والزمه بما فيه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا
انه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر انه لم يشترط شيا من ذلك ولم يشترط في القدوري
ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف رحمه الله والصحيح
انه يفض الكتاب بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم يظهر العدالة ربما احتاج
المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد ادا قيام الختم ليشهدوا ان هذا
كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فك الختم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى انه ذو نظر فان
المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم يظهر فاما اذا لم يكن شرطا
فكما اذوا الشهادة جاز فلا يحتاج الى زيادة الشهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج
الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم
وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب
لا يعمل به ما لم يظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل للكتاب لا به ولعل
الاصح ما قاله محمد من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة
الشهود كما نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على
القضا حتى لو مات او عزل وخرج عن اهلية القضا بجنون او اغماء او فسق او اذا تولى هو عزل
ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب
وقال ابو يوسف في الامالي النهايه وهو قول الشافعي لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة
الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه
والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضا وانه

لا يمنع القضا ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا ان هذا النقل بسماع
البينة قضا لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه ولا يجب القضا عليه
قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في ساير الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها
واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض آخر في
غير عمله او في غير عملهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او في الخروج عن الاهلية فليس
بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى
وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضا لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج
عن الاهلية اولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي يعمل به من كان قايما
مقامه في القضا كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي
الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصار وكالة
في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل احد فكذا هاهنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد
تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعا له
بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول
والعلم شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه حين ابتلي بالقضا وسع كثيرا تسهيلا
للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتابة على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب
قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال
الشافعي رحمه الله في قول يقبل لانه لا اعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار
كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضا وجب على القاضي المكتوب
اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الراي له في التنفيذ والرد فلذلك
احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر جميعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا
يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله اجرينا في ذلك لانه ليس في ذلك
الكتاب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر في ادب القاضي فانه
تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر **قال** رحمه الله ويجوز قضا المراه في كل شي الا في الحدود
والقصاص قضا المراة جايز عندنا في كل شي الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر
الوجه اي في اول ادب القاضي ان حكم القاضي يستفى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية
فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضا وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي
اهل للقضا في غيرهما وقيل اراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه
يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما وشهادتهما لذلك كما يجي وقضاؤها مستفاد من
شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضا بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد
القضا دون التقليد به اي بالقضا فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه بخلاف
الماموريا قامه الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الزوال الفوات لتوقفه

يوقف بموت القضاء بانعصابه فكان لا امر به من الخليفه اذ با بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا
كان ذلك الغير سمع الخطبه لانها من شرايط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه
الحدث فاستخلف من لم يشهد ها جاز لان المستخلف بان لا يفتتح واعترض بمن افسد صلاته
ثم افتتح بهم الجمعة فانه جايز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح
شروعه في الجمعة وصار خليفة الاول التحق بمن شهد الخطبة وادى ان الحاقه بالبا في لتقدم
شروعه في تلك الصلاه اولى فتامل **قوله** ولا كذلك القضا اي ليس القضا كالجمعة
لانه غير موقت بوقت يفوت بالتاخير عند العذر فمن اذن بالجمعة مع علمه انه قد يعرض
له عارض يمنعه من ادا بها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضا فلو فرضنا انه
استخلف وقضى الثاني بحضرة من الاول او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجازه الاول
جاز اذا كان من اهل القضا كما في الوكاله فان الوكيل اذا لم ياذن له بالتوكل فوكل وتصرف
بحضرة الاول او اجازه الاول جاز **وقوله** لانه حضره راي الاول يصلح دليلا للمسليتين
اما في هذه المسئلة فان الخليفة رضي بقضا حضره راي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه
وعمله والحكم الذي حضره القاضي او اجازه قضا حضره راي القاضي فيكون راضيا به واما
في الوكالة فسيجي في كتاب الوكالة قبل الاذن في الابتدا كالاجازة في الانتها فلم اختلفا
في الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان البقا اسهل من الابتدا وان الحكم الذي اذن له
القاضي به في الابتدا قضا لم يحضره راي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيدا به
قوله فاذا فوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ول من شيت كان له ان يولي
غيره فيصير الثاني نايبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة
فلا يملك الاول عزله وهذا بنا على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال
الخليفة ول من شيت واقتصر على ذلك كان امر له بالتوليه والعزل خلافه واذا اضاف
الى ذلك واستبدل من شيت كان امر له بهما كما ناله واذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي
القضاه كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاه هو الذي يتصرف في القضاه
تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة **قيل** ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض
اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصا واجيب بان اوان
وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصايه ولا يمكنه الرجوع
الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القاضي وقيل القاضي يملك
التوكيل والايصا ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واجيب
بان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضا اكثر **قال** رحمه
الله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان قاضي بلد
كذا نفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة اي المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول
بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد
ذكرناهما في التقرير على ما ينبغي او الاجماع كالحكم ببطلان قضا القاضي في المجتهد فيه او
يكون قولا لا دليل عليه **قيل** كما اذا ادعى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين
عمن عليه لتاخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون وهو

تعليل للاستثنا فكانه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكوره بسبب انه يكون قولا
بلا دليل و في الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقها فقضى به القاضي ثم جا قاض اخر يرى غير ذلك
امضاه وفيه فايدتان احدهما انه قيد بالفقها اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد
فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة والثانية
انه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى ان القاضي الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة
ينفذ سوا كان موافقا لرايه او مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرايه يعرف ما نفذه اولى
ورواية القدوري ساكتة عن الفايدتين جميعا والاصل في تنفيذ القاضي ما دفع اليه اذا لم يكن
مخالفا للادلة المذكورة ان القضا متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان الاجتهاد
الثاني كاجتهاد الاول فان كلا منهما يحتمل الخطا وقد ترجح الاول باتصال القضا به فلا ينقض بما
دونه درجة وهو ما لم يتصل بالقضا به ولقايل ان يقول القاضي في المجتهد فيه متفرع
على راي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا للاصله ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا
للاصله من حيث هو منه او مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون مرجحا للاصله من حيث
بقا الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلا رفع فرع اذ الشي المساوي للشي في القوه لا يرفع ما
يساويه فيهما مع شي اخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر انه لما سيل
سعله اسعال المسلمين استعان بزيد بن ثابت فقضى زيد بين يدي خصمين ثم لقي عمر رضي الله عنه
احد الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا امير المومنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما
يمنعك يا امير المومنين الساعه فاقض لي فقال عمر لو كان هنا نص لقضيت لك ولكن هنا راي
والراي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه
نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان وجه النفاذ وهو دليل النسيان ايضا
بطريق الاولى انه ليس بخطا بيقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم فيه نافذ كما مر في المجتهد
ووجه عدمه انه زعم فساد قضايه وهو مواخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا ينفذ في الوجهين لانه قضا بما هو خطا عنده فيعمل به بزعمه قال المصنف وعليه الفتوى
قال رحمه الله ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا وما ذكر ان حكم الحاكم في محل
مجتهد فيه ما فيه اراد ان يبين المجتهد فيه فقال الخ ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا
لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة فاذا حكم ما حكم بخلاف ذلك ورفع الى الحاكم لم ينفذه
بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث ينقضه لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه
الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذه كما مر فاذا نقض فرفع الى ثالث فانه
ينفذ لقضا الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني
مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب
الذي لم يختلف السلف في تاويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسا فان السلف
اتفقوا على عدم جواز تزوج امراة الاب وجاريته ووطيها ان وطيها الاب فان حكم حاكم بجواز
ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة منها كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه
ما اجمع عليه الجمهور اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا
اختلاف فعلى هذا اذا حكم حاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من
رفع اليه وينبغي ان يحمل عليه كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ

اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا
عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب عليه نقضه لان الاجماع ينعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ
له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنه في اشتراط حجب الام من الثلث الى
السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن
مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على
قول من يرى ان خلاف الاول يمنع انعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلما **قوله** والمعتبر
الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف
الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي والمالكي
برايه بما يخالف راي من تقدم عليه في الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم ير ذلك كان
له ان ينقضه **قال** رحمه الله وكل شي قضى به القاضي في الظاهر بتحريم كما قضى القاضي
بتحريم في الظاهر اي فيما بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن بشرط
ان تكون الدعوى بسبب معين لنكاح وبيع او طلاق وعتاق لا في الاملاك المرسلة وهو
مسلة قضا القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ونحن المفقود من اذا ادعى على امراة
نكاحا فانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطيها وحل
للمراة التمكين منه على قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر
والشافعي وهو قول ابي يوسف الاخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها ما اذا قضى بالبيع
بشهادة الزور وسوا كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية
فانه يحل للمشتري ومن جهة البايع مثل ان يقول اشتريت مني الجارية فانه يحل للمشتري ومن
جهة البايع وطيها في الوجهين جميعا سوا كان القضا بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه
وبالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل بما يتغابن فيه الناس ولا عند بعض المشايخ لان الشهود
شرط لانشا النكاح قصدا والانشا هاهنا يثبت اقتضا فلا يشترط الشهادة والبيع بغبن
فاحش مبادلة ولهذا يملكها العبد الماذون له والمكاتب والاب لم يملكا التبرع فكان كسايرالمبا
دلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضا بمحضر من الشهود لانها شرط
صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية
الانشا وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين
فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور فيفسخ القاضي حل للبايع وطيها ومنها اذا ادعت
على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت
بزوج اخر بعد انقضا العدة حل للزوج الثاني وطيها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول
لم يطلقها بان كان احد الشاهدين علم او لم يعلم بذلك وقالا لا ان كان عالما بحقيقة الحال
لا يحل له الوطي لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك واما الزوج الاول
فلا يحل له الوطي عند ابي يوسف اخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا
عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابي يوسف الاخر يحل وطيها سرا وعلى قول
محمد يحل للاول وطيها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها فلا يحل سوا علم الثاني بحقيقة
الحال او لم يعلم **قال** رحمه الله ولا يقضي القاضي على غايب القضا على الغايب وله عندنا
لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم

واستنثر

واستنثر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل
بان ثبوت القضا بوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجب للقاضي العمل بمقتضاها ولنا
ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والصدق والكذب ولا يجوز
بنا الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة بياض
قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم
يوجد فان قال قد علمت بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت اجيب
بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه
دين او دفعا لظلمه ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا
حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا بما نحن فيه فان الاصل عدم
الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صار
ظاهر الوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه
ايضا وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة
ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسياتي له جواب اخر وان قال وقف
الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى
وان انكر فلذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع
وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ونحوه او يسلم الدعوى ويدعي الاداء ونحوه او
يقر قبل القضا بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله
وصونه عن الابطال البطلان من اجل الفوايد **قوله** ولانه يحتمل الاقرار الى اخره دليل اخر على
المطلوب والضمير للشان ويجوز ان يتنازع في وجه القضا واعمل الثاني ومعناه ان الشان
يحتمل الاقرار والانكار او وجه القضا يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضا لان احكامها
مختلفة فان حكم القضا بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوايد
المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية
فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها
لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية
مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استند الخصم بقوله عليه السلام
البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غايبا او بحديث هند حيث قالت
يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي
سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غايب اجبنا عن الحديث
الاول بانه يدل على من ادعى شيا فعليه اقامة البينة وهو مع قول متروك الظاهر لان الخصم
اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان
يحكم على الغايب او لا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد اقام الدليل على نفيه وهو قوله
صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر
فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث
هند بان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا ترى انها
لم تقم البينة **قوله** ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه

الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضا لان الشرط قيام الانكار وقت القضا لان
البينة انما تصير حجة بالقضا وهو الجواب الموجود بقولنا سيأتي وفيه خلاف ابي يوسف
رحمه الله فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضا وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحا
واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات **قال** رحمه الله ومن يقوم مقامه
لما ذكر ان القضا على الغايب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر
مقام الغايب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الغايب كما اذا وكل
شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون ما يدعي به على الغا
سببا لازما لما يدعي به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لازما سوا كان المدعي لازما
حلا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار داره اشتراها
من فلان الغايب وهو يملكها فان المدعي وهو الدار شي واحد وما ادعي على الغايب وهو شرا سبب لثبو
ما يدعي على الحاضر لان الشرا من المالك سبب للملك لا محالة او شيين مختلفين كما اذا شهد شاهدان
لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغايب فاقام المشهود له بينة
ان فلان الغايب اعتقهما وهو يملكهما تقبل الشهادة والمدعي شيان المال على الحاضر والعتق على الغايب
والمدعي على الغايب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق
بحال فالقضا فيهما على الحاضر قضا على الغايب والحاضر ينتصب خصما عن الغايب لان المدعى
شي واحد في الاول وكشي واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغايب وانكر لا يلتفت
الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظاير في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض
الا للسببية واما ان يكون المدعي شيا واحدا وشيين مختلفين فلم يتعرض له لحصول
المقصود بالسبب اللازم فان الشي اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا
عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغايب كما اذا قال رجل
لامراة رجل غايب ان زوجك فلانا الغايب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان طلقني ثلاثا
واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغايب حتى
اذا حضر وانكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغايب وهو الطلاق ليس
سبب لازم لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يد فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر
يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغايب سببا لثبوت المدعى على
الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف
ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق بصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان ما يدعي
ما يدعي به على الغايب شرطا لحقه اي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامراته ان طلق فلان امراته
فانت طالق فادعت امراة الحالف عليه ان فلانا طلق امراته واقامت على ذلك بينة قال المصنف
لا معتبر به في جعله خصما عن الغايب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغايب لا
تقبل لان ذلك ابتدا القضا على الغايب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الايمة الاوزجندي
ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغايب كما في السبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على
السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغايب
وهو في الشرط موجود ولم يخرج المصنف المسخر من جهة القاضي لان كلامه فيمن يقوم مقام الغايب
والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احد الروايتين فيه فكانه اختاره **قال** رحمه الله

الفاعل هو حر

ويقرض

ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب لاجل يذكره الحق وهو الاقرا
لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقايها محفوظة فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ
بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم يكن مضمونه بالهلاك فلم يكن مضمونه بالقرض يصير
محفوظه مضمونه فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لم يومن التوى بجحود المستقرض اجاب
بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان
بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين
بالاقرار لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل
بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار فخر الاسلام
والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية
القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر له ان يقرضه ممن يامن جحوده والاخذ
الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروي الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك هذا باب من فروع القضا

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضا وتاخيره من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه
على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله
تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز
التحكيم واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما
واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه
بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة
الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنها وقعت فانهما جايزان في القضاء ولا التحكيم عنده واجيب
بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح
لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضا والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له
اهلية القضا فلو حكما امراة فيما يثبت بالشهادة جاز لانها من اهل الشهادة فيها **قال**
رحمه الله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد قد تقدم ان اهلية القضا باهلية الشهادة فمن
ليس فيه ذلك لا يكون حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد في الذمي ان حكمه المسلمون
وان حكمه اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان
اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف
وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي لعدم اهلية الشهادة
فيهما لكن اذا حكم الفاسق ينبغي ان يجوز عندنا كما مر في ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي
ان يقلد القضا ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد
من جهتهما لا يفارقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيين لا بد له
لهما من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم بعدم احدهما وعلى هذا
يسقط ما قيل ينبغي ان لا يعمل الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان قبل الاخراج احدهما سعى في
نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد
منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم
واذا رفع حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه ان نقضه لم يحكم الا بذلك فلا فايدة

في نقضه ولو لم يمض لم يكن لانه امضا الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم
الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم
ولايته وكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض اخر ان يرده **قال** رحمه الله ولا يجوز التحكيم
في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام
المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت قال شمس الايمة
من اصحابنا من قال ان التحكيم في حد القذف والقصاص جايز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في
القصاص جايز لان الاستيفا اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف
ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما
على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان
حكم الحكم ليس بحجة في غير حق المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات
وهذا كما ترى اسهل من تعليل المصنف **قوله** وقالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص
القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات كالكنايات في وجهها رجعيه
والطلاق المضاف وهو الظاهر عند اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس
الايمة الحلواني مسئلة حكم الحكم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام
الاستاد ابا علي النسفي كان يقول يكتم هذا الفصل ولا يفتى به لئلا يتطرق الجهال الى ذلك فيودي
الى هدم مذهبنا وان حكما في دم خطا لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة
او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم
لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ويخالف
النص حديث حمل بن مالك فيرده كما سياتي في كتاب المعاقل ان شا الله تعالى **قوله** الا اذا
ثبت استثنا من قوله رده القاضي اي رد قضاه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل
باقراره لان العاقلة لا تعقله واما ارش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في
مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول او كان
عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت
بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطا لا يجوز
قضاه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا
بحكمه **قوله** ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة
ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان
يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود بان يقول قامت عندي
عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي
عليه ان يكون اقر عنده بشي او قامت عليه بينة بشي لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي وقد
لان المحكم علك انشا الحكم عليه بذلك اذا كان على حكمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه
لانسان قضيت لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت
الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم
يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله
حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية الشهادة شرط للقضاء

والشهادة

والشهادة لغيره ولا مقبولة فكذا الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم
لان الشهادة عليهم غير مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضا واذا حكما رجلين جاز ولا بد من
اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الراي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما رضيا برايهما وراي الواحد ليس
كراي المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما
لانهما بعد القيام كساير الرعايا فلا يقبل شهادتهما على فعل ما باشراه والله اعلم

مسايل شتى

مسايل شتى اي متفرقة من شت تشتيتا اذا فرق ذكر في اخر كتاب ادب القاضي مسايل منه
كما هو داب المصنفين انهم يذكرون في اخر الكتاب مسايل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب
ويترجمونه بمسايل شتى ومنثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يوخرها الى اخر كتاب
القضا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضا بالمواريث والرجم وانه لجدير بالتاخير لا محالة
واذا كان علو لرجل وسفله لاخر فليس لصاحب السفل ان يدق فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة بغير
رضا صاحب العلو وليس لصاحب العلو ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث
كنيفا الا برضى صاحب السفل عند ابي حنيفة وقالا جاز لكل واحد منهما ان يضع ما لا يضر به وقيل
هذا تفسير لقول ابي حنيفة يعني ان ابا حنيفة انما منع عما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع
كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الاخر فصلا مجمعا عليه لان التصرف
حصل في ملكه فيكون المنع لعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس كذلك بل تفسيره انما الاصل عندهما
الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا لعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر
لم يمنع بالاتفاق وانما تظهر ثمرة الاختلاف اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق ثابت والتيقن
لا يجوز بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو
لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما منع حق المرتهن
والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق لعارض هو الرضى به دونه
عدم الضرر فتامل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا **قوله** على انه لا يعرى عن نوع ضرر
بالعلو من توهين البنا او نقضه فيمنع استظهارا على المنع لا فادة ما قبله ذلك **قال** رحمه
الله واذا كانت زايغة مستطيلة سكة طويلة غير نافذة يتشعب عن يمينها او يسارها مثلها
على هذه الصورة: ليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة
القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها
غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا الا ترى انه لو بيعت
دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان ياخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة
بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع
لجداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة
دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه
اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول من هذا
الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على الزايغة الاولى غير نافذة وقد صرح
بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع
اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزايغتين جميعا

لان الاشارة الي ذلك الي المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمعكم
وابصاركم وختم علي قلوبكم من اله غير الله يأتيكم به اي بذلك علي احد الوجهين وان كانت الرابعة
القصوي مستديرة قد تلزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة
والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في اي موضع شا لان لساكنه واحدة
اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة
اذا بيعت دار منها بهذه الصورة قال رحمه الله ومن ادعي في دار دعوى
وانكرها الذي في يده دار بيد رجل ادعي عليه اخر انه له فيها حقا وانكره والبد
ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح علي الانكار وسياتي الكلام فيه في الصلح ان شا
الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلوميته مقداره شرط صحة الدعوى
الا ترى انه لو ادعى علي انسان شيا لا يصح دعواه اجاب بان المدعي وان كان مجهولا
فالصلح علي معلوم عن مجهول جائز عندنا لان الجهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الي المنازعة
والمانع منها ما افضى اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعي اما ان يكون مانعة صحة الدعوى
او لا فان كان الثاني تصح دعوى من ادعى علي انسان شيا لكنها لم تصح ذكره في النهاية نقلا عن الفوائد
الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح لما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست لجهالة المدعي لكنه
صحيح والجواب باختيار السؤال الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه
لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل
كما يتحقق بالحق غايته ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شي ويمكن
ازالة الفساد باعلام مقدار ما يدعي فلا يرده مفيدا قال رحمه الله ومن ادعى دارا في يد رجل
ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة
والتسليم والتسلم وجحد دعواه ذو اليد فسيل البينة فقال لي بينة تشهد على الشرا لاني طلبت
منه فجحد لي الهبة فاضطررت الي شراها منه واشهدت عليه واقام البينة علي الشرا فان شهد
على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من حيث ان
المدعي ادعى الشرا بعد الهبة حيث قال جحد لي الهبة فاشتريتها والفا للتعقيب والشهود
شهدوا بالشرا قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها لان ثبت
موجب الشهادة وقد تقدم وقت الشرا على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قائلا وهب لي
هذه الدار وكانت لي بالشرا قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشرا
وان شهدوا بالشرا بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق
ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي
قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة
علي الشرا قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحد لي الهبة فاشتريتها منه لم يقبل ايضا لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشرا قبلها رجوع منه بعد منا واما اذا ادعى
الشرا بعد الهبة قبلت لانه تقرر ملك الواهب عندها فليس تناقض قيل ينبغي ان لا يقبل في هذه
المسألة الصورة ايضا لانه ادعى شرا باطلا لانه ادعى شرا ما ملكه بالهبة واجيب بانه
لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل لتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم علي الشرا منه
فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما ثم اشترى ما لا يملكه فكان صحيحا

قال رحمه الله ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية رجل قال لاخر اشتريت مني
هذه الجارية فانكره ان اجمع علي ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه
علي العدم بالقلب ان لا يخاصم معه وسعه اي حل له ان يطا الجارية لان المشتري لما جحد العقد
كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له
من الاصل فيلا فيان فجاز ان يقوم احدهما مقام الاخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا الا محالة
فاذا عزم البايع علي ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم علي ترك
الخصومة مقام الفسخ لجاز لامراة جحد زوجها النكاح وعزمت علي ترك الخصومة ان تتزوج
بزوج اخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشي يقوم مقام غيره
اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره
مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم لا يثبت به الحكم لعزم من له الخيار علي الفسخ فان
العقد لا ينفسخ بمجرده ترك المصنف في الجواب فقال ومجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد
اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الي بيته وما يضاهيه
كالاستخدام لانه لما لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة ويندفع ما
قال زفر انه لا يحل له وطوها لان البايع متي باعها من المشتري بقيت علي ملكه ما لم يبعها او يتقايلا
ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة قوله ولانه دليل اخر فان المشتري لما جحد
العقد تعذر استيفا الثمن منه ولما تعذر فات رضا البايع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع
فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا علي ما هو والفرق بين الدليلين ان الفسخ كان في الاول مترتبا علي
الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم علي ترك الخصومة من جانب البايع
وفي الثاني مترتب علي الفسخ من جانب البايع باستبداده قال رحمه الله ومن اقر انه قبض من
فلان عشرة دراهم ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة له او غير ذلك
ثم قال انه زيوف جيد سواء كان مفصولا او موصولا لا دل علي ذلك دلالته ثم في الكتاب
والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض قضى والمعنى
ههنا واحد والحكم فيهما سوا ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل
انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها
كان التجوز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار
بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله علي ما له حق قبضه لان ما ليس كذلك ولو اقر بقبض حقه
ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد
وهو منع الملازمة وقوله حملا لحاله علي ما له حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه
دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد علي حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار
به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فيدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه
والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لم يكن متناقضا لكونها من جنس الدراهم
لما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفا
ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول
ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفا يدل علي التمام ولا تمام دون
الحق فكان دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بينما اذا ادعى عيبا في المبيع علي

البايع وانكر فاذا القول قول البايع لان المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعي لنفسه حق الرد علي البايع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا علي القبيل الاول وفيه نظر قال صاحب النهاية يجمع بين هذه المسايل الاربع في الجواب بانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بني لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليه او خفي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثني الجودة فقد استثني البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان علي الف الا مايه فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ علي حدة وبالجودة بلفظ علي حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثني الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان علي مايه درهم ودينار الا دينارا كان الاستثنا باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا قوله وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز وكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الكلام مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في اخر كتاب الاقرار ما يدل علي انه اذا ادعي الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة اقرب الي الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولي وكان الاعتراضين وقع الذهول عن النقل فيتوقف في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعي فانه للتراخي ولا يراع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا او لا لم يصرح فذكره اعتمادا علي انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الاخر بعي الكلام فيما اذا اقر بالدراهم الجياد وادعي انها زيوف فانه لا يقبل موصولا ولا مفصولا لما تقدم ويجاب عن ذلك بان المنع هنا كعن قولك الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثنا الكل من الكل لامر لا من حيث انه بيان تغيير ليصح ذلك عن الاصحاب او عن المشايخ وقد اختاره المصنف فانه ماعزاه الي شي من النسخ وبمسله باستثنا الدنانير لا عن النقص يتعض لان الجودة وصف لا يصح استثناوه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف والستوقة بما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله اردي من الزيوف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب ستوق وهو اردي من النبهرج حتى خرج من جنس الدراهم قال رحمه الله ومن قال لاخر لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يسمي الاول المقر باثباته اولا والاول يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الي تصديق خصمه فعلي هذا اذا قال لاخر لك علي الف درهم ثم قال ليس لي عليك شي ثم قال مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شي لان المقر اقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي عليك الف درهم غير مفيد لانه دعوي فلا بد لها من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر بالزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر له انه يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان مما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد

باثباته

باثباته والمعني انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات منفرد الاخر بالرد قلت ان عزم المقر علي ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطيها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الي الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كان قبل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولا لما تعذر استيفا الثمن من المشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه لما قال بعد واسعا المستفيد وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشرا لم يتعذر الاستيفا فلا يستبد بالفسخ الثمن وان كان الثاني كما اذا اقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر له علي ذلك

قال رحمه الله ومن ادعي علي الاخر مالا اذا ادعي علي الاخر مالا فقال ما كان لك علي شي قط ومعناه نفي الوجوب عليه ان في الماضي علي سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة علي ما ادعاه واقام المدعا عليه البينة انه قضاه او علي الابرا قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلي انها لا تقبل لان القضا يتلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة تنبني علي دعواه صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضي ويبرا منه دفعا للخصومة والشغب الا تري انه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصالح علي شي فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس لك علي شي والمسله بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة علي المدعي به والمدعي عليه علي القضا او الابرا قبلت لان الحال لم يتصور بيا قبل اصلا فالولا دلت المسله علي قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف بمسله في الكتاب يتصل بدعوي القصاص والرق فقال الا تري انه لو ادعي علي رجل دم عمد فلما ثبت عليه اقام المدعي عليه بينة علي الابرا او العفو او الصلح معه علي ما قال قبلت وكذا لو ادعي رقبة جارية فانكرت واقام البينة علي رقبتها ثم اقامت هي بينة علي انه اعتقها او كاتبها علي الف وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شي قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولا رايتك ولا جري بيني وبينك مخالطة والمسله بحالها لم يقبل بينته علي القضا وكذا علي الابرا لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطا قضا واقتضا ومعامله بلا مخالطة ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يودي بالشغب علي بابه فيامر بعض وكلايه بارضا به ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلي هذا اذا كان المدعي عليه ممن يتولي الاعمال بنفسه لا يقبل بينته وقيل يقبل البينة علي الابرا في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة

قال رحمه الله ومن ادعي علي اخر انه باعه جاريته هذه ومن ادعي علي اخر انه باعه جاريته هذه فقال المدعي عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة علي الشرا فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزايده واراد ردها علي البايع فاقام البينة انه بري اليه من كل عيب لم يقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف اسنده عن ابي يوسف واشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكر اصلا ثم اقام البينة علي القضا او الابرا قبلت لان غير الحق قد يقضي فامكن التوفيق فكذا يجوز ههنا ان يقول لم يكن بيننا بيع لكنه

لما ادعي علي البيع سالمه ان يبريه عن العيب نابرا في وجه الظاهر ان شرط البراءة يعتبر للعقد من اقتضا وصف السلامة الي غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد انكره فكان متناقضا بخلاف مسله الدين لانه قد يقضي وان كان باطلا علي ما مر قال رحمه الله ذكر حق كتب في سفله اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولانه ذلك ان شا الله تعالى وكتب في كتاب شرا ما ادرك فيه فلان من درك فعلي فلان خلاصه وتسليمه ان شا الله تعالى بطل الذكر كله عند ابي حنيفه وقالا الاستثنا ينصرف الي قوله على فلان خلاصه وعلي من قام بذكر الحق والشرا صحيح والمال المقر به لازم لانه استثنا والاستثنا ينصرف الي ما يليه لانه للاستيناف والتوكيد وصرفه الي الجميع مبطل فاقرض الاستيناف لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثنا الي ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيناف مطلقا او ان التركيب في اخره ان شا الله والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد لم يوجد ما يدل علي خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة ان الكل فيما عرفيه كشي واحد بحكم العطف فينصرف الي الكل كما لو قال عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الي بيت الله ان شا الله تعالي فانه ينصرف الي الجميع هذا اذا كتب الاستثنا متصلا من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة فصل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفايده كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر بالخصومة معه علي قول ابي حنيفه فان التوكيل بالخصومه عنده من غير رضا الخصم لا يصح بالضرورة وكونه توكيلا بمجهول ليس بضاير لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لا يلحقه من زيادة الضرر بينا وقد تفاوت الناس في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جايز كما تقدم وقيل هو الاحتراز عن قول ابن ابي ليلي لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا علي مذهب ابي حنيفه رضي الله عنه فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت في حق

لعدمه صح

فصل في القضا والمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تاخير هذا الفصل الي هذا الموضع قال رحمه الله واذا مات النصراني فجات امراته مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهذا وهذ الحكم ثبوت امر في وقت سابق علي ثبوته في وقت اخر وهو علي نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحيوة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ما الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجات امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثه اسلمت قبل موته فالقول للورثه وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الي اقرب الاوقات لذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكلما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان ما الطاحون اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة

فانه

فانه يحكم الحال فان كان الما جاريا في الحال كان القول للاجر وهو صاحب الطاحون وان كان منقطعا كان القول للمستاجر قوله وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر معتبر لدفع استحقاق الميراث وهو صحيح وهو ادعى زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل لان الاصل في الحادث الاضافة الي اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب ان ذلك ايضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امراة فجات مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثه اسلمت بعد موته فالقول قول الورثه ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي حصله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل قوله اما الورثه فهم دافعون الي معنى اخر وهو ان في كل مسله منهما اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاولى فلان نصيرانيه امراة النصراني كانت ثابته فيما مضى ثم جات مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الي ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول وبالنظر الي ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو في النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم واما في الثانيه فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الي النصرانيه تقتضي بقاوها الي ما بعد الموت والنظر الي الاسلام تقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثه هم الدافعون فقصد بهم الاستدلال به قوله ويشهد لهم دليل اخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الي اقرب الاوقات فان قيل فان كان في ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسله الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الي مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات وبو تقض بعض اصحابي وهو ان ما ذكرتم علي ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا لما نقد ما نه لما قضي بالاجر علي المستاجر اذا كان ما الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لا لاثبات الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر علي الاخر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر واما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا والغير هذا واستغنى عما في النهايه من التطويل قال رحمه الله ومن مات وله على يدي رجل اربعة الاف درهم وديعة رجل مات وله في يدي رجل اربعة الاف درهم وديعة فاقر المودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه الي المقر له لانه اقر ان ما في يده حق الوارث وملكه خلافه ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يومر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولقايل ان يقول كان الواجب في المسله الاولى ان لا يومر بالدفع بجواز ان على الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث متاخره عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم ولا يتاخر المتيقن به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن او لا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لانه امتنع من وكيل المودع في زعمه

كالمبيع من المودع وفي المبيع عنه بعض فكذا من وكيله والتسليم اهل له ان يستردها قيل لا يملك ذلك
لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يومر بالدفع
لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد
الاقرار الاول لرجل اخر بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه
لما صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على
الاول فلا يصح كما اذا كان للاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذبه احد فصح اقراره وحين
اقر الثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يوثر في اقراره فيجب
عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضا كالذي اقر بتسليم
الوديعة من القاضي بعد ما اقر له القاضي وقد تقدم في ادب القاضي واما اذا كان الدفع بقضا
كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار **قال** رحمه الله واذا قسم الميراث بين الغرما
اذا حضر رجل وادعى دارا في يد اخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد
او لا فان كان الثاني واقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة اوجه احدها انهم قالوا تركها ميراثا لورثته
ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شي حتى يقيم بينة على عدد الورثة
ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شي حتى يقيم بينة على عدد الورثة
لانهم لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضا بالمجهول متعذر والثاني انهم
شهدوا انه ابنه ووارثه لا يعرف له وارث غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان
بالاتفاق والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة
ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي
مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان
الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه
وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف والربع عند
محمد واقلهما وهو الربع والثمن عند ابي يوسف وقول ابي حنيفة مضطرب فان كان ممن لا يحجب
ودفعت الدار اليه هل يوخذ منه كفيل بما دفع اليه قال ابو حنيفة لا يوخذ وسبب التقابل
به الى الظلم فقد اراد به ابو حنيفة لاله ذلك وان كان الاول يوجد الكفيل لا بقا ولكون
الامر بحجة قاصرة لما ان القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل
فيحتاط القاضي باخذها كما اذا دفع القاضي العبد الابق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه
صاحبه فانه ياخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امراة الغايب اذا استنفقت في غيبته
وله عند انسان وديعة يقر بها المودع وبالنكاح فانه يفرض لها النفقة وياخذ منها كفيلا
ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث اخر بيقين او ظاهرا ان كان
له وارثا اخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باطلاعه بل بما ظهر عنده من
الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يوخر لموهوم كمن اثبت
الشرا من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين
الى المدعي من غير كفيل وان كان لا حضور مشتر اخر قبله وغريم اخر في حق العبد منهما فلا
يوخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل **قوله** ولان المكفول له دليل اخر على عدم الجواز
اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له

مجهول

مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرما فان قيل اذا اقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر
له بحجة كاملة فكان مظنة انه ماكان لا محالة واقل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل
له وبقي التمر ناشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم باخذ الكفيل لنفسه لانه
ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي تمتنع من الميت غير متصورة
وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تاخير الحق الثابت
قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التاخير جائز واجيب بان التلوم ليس
للحق الموهوم بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي
شريك الحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام الشهود لا وارث له غيره في البلاد له على ذلك
فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستانس
به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب
شي زايد من المستحق بخلاف طلب الكفالة و **قوله** بخلاف النفقة جواب عما استشهدا به
من المسائل اما مسئلة النفقة فلان لكفيل فيها الحق ثابت وهو ما ياخذه الحاكم من المال
من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الابق
واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان قال في رواية لا احب ان ياخذ منه كفيلا قالوا
في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح القياس عليه
وقال الغاني ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه تكفل
بالاجماع فان المصنف لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع **قوله** وقوله اي قول ابي
حنيفة ظلم اي ميل عن سوا السبيل انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم
على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة ان المجتهد يخطي ويصيب وتقرر ان اصحابنا
المتقدمين براء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب وادعاءهم ان ذلك مذهب
ابي حنيفة واصحابه وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى **قال** رحمه الله
واذا كانت الدار في يد رجل فاقام اخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه
وبين اخيه فلان الغايب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد ذي اليد ولا يوخذ
من ذي اليد كفيل وهذا اي ترك النصف الاخر في يد من في يده عند ابي حنيفة واما
عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا من في يده الدار ان كان جاحدا اخذ منه
النصف الاخر وجعل في يد امين ولا يترك في يده لان الجاحد خاين والخاين لا يترك مال الغير
في يده والمقر امين فيجوز ان يترك المال بيده ولابي حنيفة ان القضا وقع للميت مقصودا
يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ومن وقع له القضا يعتبر فيه المعنى بيده كونه مختارا
له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا يغير بيده بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتماله كونه
لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب
فاكتفى به كما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده لذلك **قوله** وجحوده قد
عما ذكراه ووجهه ان الخيانة بالجحود اما ان يكون باعتبار ما مضى او ما سياتي والاول
قد ارتفع بقضا القاضي بكذا لازمه والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت معلومة
للقاضي ولم يبده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر ان لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم النفا
لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهما الحادثة واحترا في الخريطة امور محتملة د

بيده

فكان الجحود محتملا الا ان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسئلة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف لاخر بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج الى الحفظ فالنزع ابلغ اما يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبوله الانتقال من محل الى محل واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده ربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه واذا نزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان يد عدل الظاهر فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه ومن المشايخ من قال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر بنا على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا نزل في هذه كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي نصفه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل لانه لما جحد من بيده ربما تصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطايفة من الناس وكتابته في الخريطة وذكره ثابت مقتضي ثبوت الخلاف في العقار فسقط العرف **قوله** وانما يوخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشا خصومة لان من بيده المال قد لا يسمح نفسه باعطايه والقاضي يطالبه به فتنشا الخصومة والقاضي لم ينصب لانشايها بل لقطعها فان قيل ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطايه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشا الخصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا لشي كان منشا له هذا خلف **قوله** واذا حضر الغايب اختلف المشايخ في اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال يعيد على قياس قول ابي حنيفة في القصاص اذا اقام الحاضر البينة انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغايب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما على الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما سيجي دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كما لو كان بالخصومة اذا غاب احدهما كان للاخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعي رجل على احدهم دينا على الميت واقام عليه تثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وحاز له استيفا الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفا لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نايبا عن غيره ولقايل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونايبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه ان السايل قال الكل لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك **قوله** وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت او عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر **قوله** الا انه استثنا من قوله لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعني انه لو ادعي احد الورثة دينا على الميت يكون خصما به عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضا على ما في يده **قوله** رحمه الله ومن قال مالي في المساكين صدقة رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان

بتصدق

يتصدق في جميع ما يملكه من اجناس الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين والسوايم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين محيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك فان اوصى بثلث ماله فهو على كل شي والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شي كما قال به زفر لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقة كانت مضافة الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجبه في الشرع من جنسه شي وهو معتبر لانه لبث في المسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات او لانه في معنى الصلاة لانه لانتظار اوقات الصلوات ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كانه في الصلاة اما في الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية **قوله** ولان الظاهر دليل اخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة لان الحياة مظنة الحاجة الى ما يقوم به حوايجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغنا عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة ولا يدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة مع محمد لانه اي الارض العشرية سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة لان مصرفه المقاتلة ومنهم الاغنياء ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتنا ول كل مال زكويا وغيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره فيقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال واذا كان اعم ينصرف الى غير اموال الزكوة ايضا اظهارا لزيادة عمومه فان قيل الصدقة في الاموال مقيدة في الشرع باموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المعتبر ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال فلا مخصص في لفظة الملك فبقي على العموم وفيه نظر لانه حينيذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سوا فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الايمة السرخسي لان الملتزم من باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظة المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسال الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسال الناس من يومه ثم اذا اصاب شيا تصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل المحترف قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها

الانسان لشهر لان يده تصل الى ما يفوق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يدالدهقان تصل
الى ما يفوق سنة فسنة وصاحب التجارة بحسب نقد رما يرجع اليه ماله وفي ايراده مسئلة النذر
فيما نحن فيه من فصل القضا بالمواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينهما وبين الوصية التي
هي اخت الميراث **قال** رحمه الله ومن اوصى اليه ولم يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة
في فصل القضا بالمواريث ما ذكرنا انفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيا من التركة فهو وصي
وبيعه جايز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول بالثاني
لان وصف الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف
الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله وجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة
لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا يتوقف على العلم بالتصرف كما اذا تصرف الوارث
بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة
يتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل في الاول لو توقف فات بعجز
الموصي فانه قيل اذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم اعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من
غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمنا والكلام
في الوكالة يثبت قصدا وهذا كما اذا قال بيعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في
احديهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف
فلا بد من اعلام فمن علمه من الناس بذلك سوا كان بالغا مسلما عدلا او على اضداد ذلك بعد ما كان
مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر اي اطلاق محض لا يشتمل على شي من الالزام وما كان كذلك فقول
الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة
وقالا هو والاول سوا لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في
التجارة ولابي حنيفة انه خبر ملزم لما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم
فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه
خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغير بينهما البين في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع التزام كان في معناها
فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه
الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شي من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط ايضا
شي من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في وقت بالغ عدل
يرسله الى وكيله **قوله** وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة وصاحبيه في اشتراط
اشتراط احد شطريها فيما فيه الزام المسايل المذكورة قال في النهاية انها ست مسايل ثلث منها
ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمصنف ترك
منها مسئلة اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا حجر
واحد بالحجر من تلقا نفسه وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا او كذبه
لم يثبت عنده خلافا لهما وقيد بتلقا نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسالة لم
يذكرها المصنف هنا والثالثة العبد الجاني اذا اخبر الولي بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه
بعده بعتق او بيع كان اختيارا منه للفدا وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف عنده
لا يكون اختيارا خلافا لهما والى النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من
الفرايض لزمته ويتركها يجب القضا وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الايمة السرخسي

جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيها الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع ه
فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ البكر تزوج الولي فسكتت
فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف **قال** رحمه الله واذا
باع القاضي او امينه عبدا للغرما اذا باع القاضي او امينه عبدا ميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن
فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي وامينه لان امين القاضي قايم مقام القا
والقاضي قايم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع
الحقوق ويرجع المشتري على الغرما لان البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم ومن وقع له البيع يرجع عليه
المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه وههنا
قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرما وان امر القاضي الوصي ببيع العبد
للغرما ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن يرجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى
اليه الميت فظاهر وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه نايبا عن الميت لا عن نفسه وعقد
النايب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حياته وذلك كان يرجع المشتري عليه
فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرما لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغر
فيه بدينه اي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم الموصي في ذلك المال ففيه اختلاف والوجه
ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث العقد
وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة
دين كان العاقد عاملا له والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

فصل اخر

جمع في هذا الفصل مسايل متفرقة يجمعها اصل واحد متعلق بكتاب القضا وهو ان قول القاضي
بانفراده قبل العزل وبعده مقبول ولا **قال** رحمه الله واذا قال القاضي قد قضيت اذا قال
القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان
تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله ما لم تكن الشهادة
بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ ه
هذه الرواية لان القاضي لم يخبر عما يملك انشاءه لان المتولي تمكن من انشا القضا ومن تمكن من الانشا
عما يخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه يتمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول
يحتاج الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة
وفي تصديقه طاعة فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله
من غير استفسار وفي النوادر اذا كان القاضي عدلا عالما وعلى هذا ياتي الاقسام العقلية كما قال الا
ابو منصور الماتريدي فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطا لعلمه والخيانة لعدالته وهذا
القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضايه لئلا تهمة الخطا
فان احسن تفسير القضا فانه قد فسر على وجه اقتضاه الشرع مثلا ان يقول مثلا استفسرت
المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز
لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله
غير الدليل دليلا والشبهة غير دارية وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب
الحكم لتهمة الخطا في الجهل والخيانة في الفسق **قال** رحمه الله واذا عزل القاضي فقال لرجل لما فرغ

عن بيان ما يجبر به القاضي من قضايه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا الحضر القاضي
المقضي عليه بعد العزل بما قضي واسند الي حال ولايته فلا يخلوا اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه
او يكذبه في حسه ويصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي ق
بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلي هذا اذا قال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الي فلان
قضيت بها عليك او قال لاخر قضيت بقطع يدك في حق فقال الماخوذ منه المال او المقطوع يده فعلت
ذلك في حال قضايك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل في قضايه كان الظاهر شاهدا له
اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق
ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الي تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضا وفي هذه
الصورة لو اقر القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضا ودفع القاضي وامره
بالشي صحيح كما اذا كان دفعه المال الي الاخر معاينا في حال القضا وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت
ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الي حالة منافية للضمان
لما مر ان حالة القضا نافية الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا
كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان
القول قوله حتي لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الي حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا
عما قال شمس الايمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء علي ان المنازعة اذا وقعت في الماضي
يحكم الحال وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه ولما
في الاولي فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا الا ان لا يحمل ان يكون
قضاوه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والاخذ
في هذا الفصل بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان و **قوله** القاضي مقبول في دفع
الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان علي غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق
لا يقال الاخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الي حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا
يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل علي نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضا
القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان علي القاضي ايضا لكن ذلك
يودي الي تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضا مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الاخذ
وقد اقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه الماخوذ منه المال في انه فعله في قضايه
او ادعي انه فعله في غير قضايه لان الاخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق في دعوي ملكه
الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد والله اعلم بالصواب

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضايه يحتاج الي
شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق انها مامور بها قال الله تعالى كونوا
قوامين لله شهدا بالقسط فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشي عن مشاهدة
وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبي عن المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن
اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة و **قوله** صادق
يخرج عن الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج عن الاخبار الصادقة غير الشهادات

وسبب

وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات
ونحو ذلك وسبب ادايها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم
المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة علي التمييز بين
المدعي والمدعي عليه والاسلام ان كان المدعي عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم علي الحاكم بمقتضاها
والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة ليترجح جانب الصدق وردت النصوص
بالاستشهاد جعلت موجبة **قال** رحمه الله الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم
كتمانها الدا العرض لو صغت وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة علي تاكده وشرطه
مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الادا علي ما مر واستدل بقوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما
دعوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها وسموا شهدا باعتبار ما يول اليه وهو بظاهره
يدل علي النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه
وهو بظاهره يدل علي النهي عن كتمانها علي وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان
يستلزم ثبوت النقيض الاخر ليلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الكتمان ثابتا
وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالادا وما هو بحيث لا يثبت فكان اظهاره بالادا واجبا قال
في النهاية النهي عن الشي لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو امر به
كالنهي عن الكتمان نهما في الارحام فانه امر بضده وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في اصول الفقه
وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف علي طلبه كساير الحقوق ونوقض بما اذا علم الشا
الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه
الشهادة ولا طلب ثمة والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للادا عند الطلب
ايجاب الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر ان قالوا طلب المدعي
سبب لادا الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل
علي ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معني كلامه وانما يشترط وجود سبب الادا وهو طلب المد
فالطلب سبب ووجوده شرط فلا تخالف بينهما حينيذ فان قلت اما جعله شرطا وقوله
ولا ياب الشهدا ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع يدل علي سببه غيره كقوله
تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس **قال** رحمه الله والشهادة في الحد وتخير فيها الشاهد
بين الستر والاظهار الشاهد في الحد مخير بين الستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة
لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقي عن هتك المسلم خشية لله والستر افضل نقلا وعقلا
اما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو
سترته بثوبك وفي رواية بردايك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر
علي مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وما نقل من تلقين الدرا عن النبي صلى الله عليه
وسلم واصحابه فان فيها دلالة ظاهرة علي افضلية الستر قبل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب
وانما لها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الاية محمول علي المداينة
لنزولها فيها او ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والجواب بقال القدر المشترك
فيما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه في الستر والدرء متواتر في المعني فجاز الزيادة به
وقيل ان الخبر الواحد ورد في ماعز وحكايته مشهورة فيجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة
حكاية ماعز لا يستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما

بحر والخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق فيبقى صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك **قوله** الا انه يجب ان يشهد استثنا من قوله مخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احيا حق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحدهما حق الله تعالى والاخر حق العبد والستر اكلى ابطالهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز فتعين والاقدام على اظهار حق السرقة ترجيح حق الله تعالى الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة **قال** رحمه الله الشهادة على مراتب الشهادة على مراتب رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى فان لم ياتوا باربعة شهدا ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة واما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا يقبل شهادة النسا لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما من بعده ان لا شهادة للنسا في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود **قال** الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالاية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة في امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية لا يقبل فيما يندري بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود كحد الشرب والسرقة وحد القذف والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره من لما عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي ما في على تناوله **قوله** ولا يقبل فيها شهادة النسا يجوز ان يكون جوابا عما يقال فالاية هذه عقيب بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وليست شهادتهن فيها مقبوله ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن وجب فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما سلك الحديث من الاية ههنا تخصيص ام نسخ قلت مسلكه منها مسلك اية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص ان ثبت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز الزيادة به **قال** رحمه الله وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال ونحو ذلك يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين لما تلونا وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النسا مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل لان الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فلا فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم لا يقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن

وحدهن

وحدهن لا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احيا حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولا والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الادا والادا الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار ولقايل ان يقول ما ذكرتم مما ينبني عليه اهلية الشهادة اما ان يكون علة لها او شرطا لا سبيل للاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والادا ليس بعلة لذلك لا جمعا ولا افرادا والثاني كذلك لعدم توقفها عليها لذلك على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هنه شرعية يحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والادا فليست بعلة لها وانما هي علة لاهلية قبولها فانا لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا وفاته احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الادا ادى بغير لفظة الشهادة لم يقبل شهادته واذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف اي اهلية قبول الشهادة **قوله** ونقصان الضبط جواب عن قول الشافعي رحمه الله واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية فلا يقبل فيما يندري بالشبهات ويقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل واما الوكالة والايصا والاموال فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك يثبت بشهادة النسا مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدا فطرتهم والثانية ان يحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيا لاكتساب الفكريات بالفكرة ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان يحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكاليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان لمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان ثبت فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة ولهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فتامل قوله وعدم قبول الاربع جواب عن قوله ولا يقبل شهادة الاربع منهن ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك ايضا لكنه ترك ذلك كيلا يكثر خروجهن **قال** رحمه الله ويقبل في الولادة والبكارة اختصر قبول شهادة امراة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنسا في موضع لا يطلع عليه الرجال لا يقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل

واحد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمه معهود تنصرف الى الجنس
فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع
بنا على ان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة قوله ولانه دليل معقول
لنا ووجهه ان الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس اخف وفي اسقاط
العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام واعترض
بان هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفا بنظر الواحدة لخفة نظرها لما
كان نظر الاثنين والثلاث احوط من نظر الواحدة والجواب ان يقال واعترض بان في
هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفا بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين
والثلث احوط من نظر الواحدة والجواب ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب
اعتبار العدد ومعنى الايجاب يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز من
احتياط ثم حكم شهادة امراة واحدة في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب
حيث قال واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة ثبت
الولادة بشهادة امراة واحدة وان قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة على
الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة يعني ثبت الولادة بقول امراته وعندهما اشترط شهادة
القابلة واما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة او مبيعة لا بد من نظر النسا اليها للحاجة الى
فصل الخصومة بينهما فاذا نظرت اليها وشهدت فاما ان تتايد شهادتهن بمؤيد او لا فان كان
الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد ان يضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدت بانها
بكر فان كانت مهيرة بوجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تايدت بالاصل وهو
البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البايع لذلك ومقتضى البيع وهو اللزوم
وان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة
لم تتايد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي
بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل يرد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه
الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب ثبت بقولهن
يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من اثبات قيامه
به في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبايع لتمسكه بالاصل فاذا قلن بثبوت العيب في
الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البايع على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند ابي حنيفة غير مقبوله لان الاستهلال صوت الصبي
عند الولادة وهو مما لا يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبوله
لانه من امور الدين وشهادتهن فيه حجة كشهادتها على هلال رمضان وعندهما في حق الارث
ايضا مقبوله لانه صوت عند الولادة والرجال لا تحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا تعتبر شهادتهن ونفس
الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشاركها الرجال فيه النسا قال رحمه الله ولا بد
في ذلك كله من العداله لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة والعداله وهي
كون حسنات الرجل اكثر من سياته وهذا يتناول الاجتناب عن الكباير وترك الاصرار عن الصغاير

ولفظه

ثم ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادتهن في تلك الحادثة
في ذلك الوقت اما اشتراط العداله فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهدا والفاسق لا يكون
مرضيا ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق
والعداله هي المعينة للصدق فهي علية الحجية وما سواها معدات لان من يتعاطى غير
الكذب من محظورات دينه بعد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها
اي ذا قدر وشرف في الناس ذا مروءة اي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان تقبل شهادته
لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق
مطلقا وجيها ذا مروءة كان او لا لان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال صلى الله
عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعرى لفسق لا مروة له لكن القاضي لو
قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها
اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم يعني
واستشهدوا شهيدين وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع
ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد لدلالتها على المشاهدة ولان قوله اشهد من الفاظ
اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في
الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديله بما هو اصرح فيه به وقوله في ذلك يريد به ما وقع
في المختصر من قوله ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى يشترط العداله ولفظة الشهاده
في شهادة النساء في الولاده وغيرها هو الصحيح لان شهادة لما تقدم من ان فيه معنى الالزام
حتى اختص بمجلس القضا واشترط فيه الحريه والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول
العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهاده فاذا اقام المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن
الخصم او لا فان كان الثاني قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العداله في المسلم
ولا يسال عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم
على بعض الا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار
عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت
المدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع
وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكيه وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل
بالظاهر لان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا ويدور او
يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك ان دعوى
المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراة الذمة لذلك وبظاهر العداله
اندفع معارضة الذمة فكان دافعا وقوله الا في الحدود والقصاص استثنا من
قوله ولا يسال حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود لانه يحتال
لاسقاطها فيشترط الاستقصا فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسال عنها عسى يطلع على ما
يسقط به ذلك وان كان الاول سال عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود
معارض بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل
حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسال عنهم في
السر والعلانيه في جميع الحقوق لان مبنى القضا على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من

يعتمد

التعريف عن العدالة في السؤال حون التضا عن القضاء على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولا
وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شهد ذلك ابو حنيفة لقال بقولهما
ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا الزمان قال رحمه الله ثم التزكية في السر اعلم
ان التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث القاضي المستورة وهي
الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام
الى المعدل مكتوبا فيها النسب والحلي بكسر الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه
من لون وغيره والمصلي اي مسجد المحلة حتى يعرفه العدل وينبغي ان يبعث الى من كان عدلا
ممكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا
يكون طامعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه
واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة
ومن لم يعرفه لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك او يقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه
لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة او فسق
يكتب تحت اسمه مستور ويردها العدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر
فيخدع او يقصد الخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل
هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان
في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان
القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفا
بالسر في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى وروي عن محمد انه قال
تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل ان يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد
يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار قال المصنف وهذا اصح لان
في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسال القاضي عن
اسلامه وحريته وانما يسال عن عدالته قال ابو حنيفة على طريقة قوله في المزارعة
من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا سال لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم
خطؤا او نسوا ويقبل اذا قال صدقوا وهم عدول صدقه لانه اعترف بالحق وعن ابي
يوسف انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية اخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا
اذا كان عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحد
فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عندهما
ووجه ظاهر الرواية ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في
اصراره فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل الخصم
اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق
والجواب ان المصنف كان موضوع المسالة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا
او نسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره
فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب انه لا اقرار فيه بالنسبة
الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطا والنسيان فانى يكون اقرارا قال رحمه الله

واذا كان رسول القاضي اذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود بلفظ المبني للمفعول
واحد جاز والاثنان افضل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان ذكر في شروح
الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا
للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن
الشاهد لمحمد رحمه الله ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضا تنبني على ظهوره
التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة
ويشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما ليس في معنى الشهادة و
لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضا فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط
العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال
الكذب فيهما لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا بالعدد
كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة
على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل فليلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط
فيها فالجواب انما الحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق
والتعدية جميعا قال رحمه الله ولا يشترط اهلية الشهادة تزكية السر لا تشترط في المزكي
فيها اهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما تزكية العلانية
فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية
بناء في عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر غير المزكي في العلانية والجواب
ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في
احدهما دون الاخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف ان
يكون المزكي في السر ما عدنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية والله اعلم

فصل

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين
احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل
وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم او راى ما كان من
المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب
بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الادا الموجود ما هو الركن في جواز
الادا قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا
فدع فجعل العلم بالموجب ركنا في الادا المخالف للنصين جميعا فانهما تدلان على شرطيته لا على
ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه
بذلك اشارة الى شدة احتياج الادا اليه قال رحمه الله ويقول اشهد انه باع اذا سمع البيع
ولم يشهد عليها ولا يحتاج الى الشهادة بقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب
ولو سمع الاقرار من وراء الحجاب يحجب عن رؤيته شخص المقر لا يجوز ان يشهد ولو فسر للقاضي بان
قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبله لان النغمة وهو الكلام الخفي يشبه النغمة والمشتبه
لا يفيد العلم فانتفى المطلق للادا وقوله الا اذا كان استثنا من قوله لا يجوز له ان يشهد
الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره

لهذا

ق

فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان فانه جاز له ان يشهد حينئذ
وكذا اذا راى شخصها مقرطا لا قرارها لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة
لانه حصل العلم في هذه الصورة **قال** رحمه الله ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع
الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم
يسمع يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشي لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده على شهادته
لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضا ولا يكون النقل الا بالانابة
والتحميل والاشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثاني
اشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل ابي حنيفة وابي يوسف فانهما لم
بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فالحكم
يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة
فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من
النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا ان النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل يحتاج
الى بيان فلو شككنا فيه ان يقول الشاهد على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا
تحميل فيما لا يشهد تم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له ان
يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره **قال** رحمه الله ولا يحل للشاهد اذا راى اي خطه الشاهد اذا راى
خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم
كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا اقلت
روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الادا وعندهما يحل له ذلك رخصة
وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا
عنده فاثبته في قمطره اي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم او قضيته
اي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان ابا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وعندهما جوازه لان
القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب
اذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره تحت ختمه
فالظاهر لم يصل اليه يد مغيره والقاضي مامور باتباع الظاهر وكذلك الشهادة في الصك
لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن
يثق بهم انا شهدنا نحن وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق و**قيل** لا يحل عند ابي حنيفة
رضي الله عنه خلافا لهما **قال** رحمه الله ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشي لم يعاينه قد تقدم
ان العلم شرط ادا الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح
والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره بها من يثق به وهو
استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير
وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي المشاهدة وكانه من باب القلب لان
العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة لكونه سبب من اسباب العلم
ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة
ووجه الاستحسان ان هذه الامور الخمسة لو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى
الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص معاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا اهل

وقد

وقد يتعلق بها احكام تبقى على انقضا القرون كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك
في قضا القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم تقبل فيها
الشهادة بالتسامع ادى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع فانه مما يسمعه كل احد فان قيل
هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه اجاب
بقوله وانما يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد
بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد فيمن يثق به
شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وهذا على قول
ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع
في قلبه صدق الخبر واذا ثبتت الشهرة عنده بما يخبر عدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظة
الشهادة على ما قالوا لان بها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظة الخبر وقيل يكتفي في الموت
باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعا بين الموت والاشيا الثلاثة اي النكاح والولادة
وتقليد الامام القضا لان الطالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينعقد الا بشاهدين
اثنين والولادة فانه تكون بين الجماعة في الغالب وكذلك تقليد الامام القضا واما الموت فلما
يشاهده غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف
النسب والنكاح قوله وينبغي ان يطلقوا اذ الشهادة بيان لكيفية الادا وينبغي ان يطلقوا ذلك
فيقول في النسب اشهد ان فلانا ابن فلان كما يشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن ابي قحافة
والخطاب ولم يشاهد شيئا من ذلك فاما اذا فسر بانه انما يشهد بالتسامع لم يقبل كما ان معاينة اليد
في الاملاك تطلق الشهادة واذا فسر بانه انما يشهد لانه راه في يده لا يقبل كذلك **هذا**
ولو راى انسانا جلس مجلس القضا يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين
تقليد الامام اياه واذا راى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الاخر انبساط الازواج جاز له
ان يشهد بانها امرأته فان سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا يقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالنسا
كما يشهد بامهات المومنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الرواية اولى وقيل لا يقبل لانه
لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي ان يشهد به بالتسامع ولو قال ان شهد لاني سمعت لا يقبل فكذا هذا
ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله لانه لا يدفن الا
الميت ولا يصلى الا عليه ولو قالا لا نشهد ان فلانا مات اخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الاصح
واما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكره الخصاف انه يجوز لانه امر يتعلق به احكام
مشهورة كما ذكرنا في عدم قبولها حرج وتعطيل **وقوله** ثم قصر الاستثنا في الكتاب بيان ان الشهادة
بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب اولا ففي ظاهر الرواية محصورة وعن ابي يوسف
اخرا انه يجوز في الولا لانه بمنزلة النسب **قال** صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب والشهادة
على النسب بالتسامع جايزة تماما فكذا على الولا الا ترى انا نشهد ان قنبر مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس
رضي الله عنهم وان لم يدرك ذلك وعن محمد انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار والجواب
عن قول ابي يوسف ان الولا ينبني على ازالة الملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه
الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه الى اقامة التسامع مع قيام البينة قال شمس الايمة السرخسي
الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشايخ الى انها لا تقبل
فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب بقوله بعضهم يقبل في اصله وهو اختيار شمس

السرخسي وقولهم ابطه لان اصله هو الذي يشتهر ولابد من بيان الجهة بان يشهد وانه وقف
على هذا المسجد او المقبرة او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة قال
رحمه الله ومن كان في يده شيء رجل راى عينا في يد اخر ثم راها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك
وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به للملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها
فان الانسان وان عاين البيع او غيره من الاسباب لا يعلم ملك المشتري الا بملك البايع وملك البايع لا
يعلم الا باليد واقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة والمفتوح بالاجماع
فانها اذا لم تجر حكم اليد انسد بابها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له
لان الاصل في الشهادة العلم بالنص وعند عوازه ذلك يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان
يكون هذا اي ما ذكر من شهادة القلب تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وهو قوله وسعك
ان تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب فيقبل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها القاضي اذا
فسرها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك واجيب بانا جعلنا العيان
مجوزا للشاهد ان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا واما انه يلزم القاضي العمل به فلم يلزمه
ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعته دار بجنبها واراد
ذو اليد ان ياخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان يكون الدار ملكا للشفيع
لان العيان ليس سببا للوجوب وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال
بعض مشايخنا وهو الخصاف لان اليد متنوعة الى نيابة وملك فلا يفيد العلم فلابد من ضم التصرف
اليها والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم ثم هذه
المسالة على وجوه اربعة بالقسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك ولم يعاينهما او عاين الملك
دون المالك وبالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف
الملك بحدوده وحقوقه وراه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لان شهادته عن
علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا
لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان
بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنفسه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لانها
شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به يمنع جواز الشهادة فكذا
جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع
فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم الا ترى ان صاحب الملك ان كانت امراة لا تبرز ولا تخرج كان
اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك
وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة
بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو
مقبول فيه كما تقدم وفي ضمنه يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني
لجهالة المشهود به قوله واما العبد والامة مردود الى قوله سوى العبد والامة وتقريره
ان الرجل اذا راى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما او لا فان كان الاول حل له
ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان
يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما
وان كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غيرا بالغا كان او بالغا فذلك مصرف الاستثنا بقوله

سوى العبد والامة فان اليد في ذلك لا يدل على الملك لانهما في ايدي انفسهما وذلك يدفع يد الغير
عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما
يصنع بمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن انفسهما لاعتبر دعوى
الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما واجيب بانه لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما
للمولى في الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد
يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب
والفرق ما بينا وهو قوله لان لهما يدا على انفسهما يدفع ان يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله اعلم

لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع منه الشهادة وقدم ذكر
على هذا لان محال الشهادة والحالة شروط والشروط مقدمة على المشروط واصل رد الشهادة
ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والخبر يحتمل الصدق والكذب وحجيته
بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر
عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى
في المشهود له من قرابة يتهم باثبات المشهود له على المشهود عليه كالولاد وقد يكون لخلل في
اداية التمييز كالعمى المفضي الى تهمة الغلط فيها وقد يكون بالعجز عما جعله الشرع دليل صدقه
كالمحدود في القذف قال الله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون
قال رحمه الله ولا تقبل شهادة الاعمى شهادة الاعمى اما ان تكون في الحدود والقصاص
او لا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون مما يجري فيه
التسامع كالنسب والموت او لا فان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن ابي
حنيفة وان كان الثاني فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند ابي
يوسف والشافعي وان انتفى احدهما لم يقبل بالاتفاق فالمعتبر عند ابي يوسف الابصار عند
التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما عدم القبول في
الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى تقام مقام
المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان الحاجة
فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب انه من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه
التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسياتي جواب اخر واما وجه
قول ابي يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل
له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في
القول لان لسانه غير مانوف فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع
وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت
اذا شهدا على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكرا اسمه
ونسبه والجواب لابي حنيفة ومحمد انا لا نسلم ان القول يستغني بتحصيل

الاداء الا ادا فيفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى
الا بالنغمة وفيه اي في النغمة تشابه ولا الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان
بالشهود البصير لا تره وفيه غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه
فلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثمة
لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن
الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج
الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته والى الجواب
عما يقال هذا عنبرتم النغمة مميزة للاعمى فيما هو اعظم من الاموال وهي وطي زوجته حتى
وجاريته فانه لا يميز بينهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك ساقط تقرير ذلك ان الاحتراز عنها
عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفا المانع فان
انتفاه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر وفيه
اشارة ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير
معتمدة للتعريف واما وجه ابي حنيفة ومحمد لمنع القضا بالعمى الطاري بعد الادا
فهو ان شرط القضا قيام اهلية الشهادة ووقت القضا الضرورة الشهادة حجة
عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد
اذا خرس او جن او ارتد بعد الادا قبل القضا لا يقضي القاضي بشهادته والامر الكلي في ذلك
انما يمنع القضا لان المقصود من ادايها القضا وهذه الاشيا تمنع الادا بالاجماع فيمنع
القضا والعمى بعد التحمل يمنع الادا عندهما فيمنع القضا وعند ابي يوسف لا يمنع الادا فلا يمنع
القضا **قوله** بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت
القضا شرط فان القضا الشاهد اذا مات او غاب قبل القضا لا يمنع القضا ولا اهلية عنده
ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشي يتقرر بانتهايه وبالغيبة ما بطلت
قال رحمه الله ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية
وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب
لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد
وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما وان معنى قوله لهم للمحدودين
في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه يعني رد الشهادة من تمام الحد
لكونه مانعا عن الطف القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا ما يتمه
اعتبارا له بالاصل **قوله** بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف
فاسق بقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير
القذف ووجه ذلك ان الشهادة انما لا تقبل للفسق وقد زال بزواله بالتوبة فتقبل كالمحدود في
غير القذف واما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فانه تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق
اذ التايب له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا الا النهي عن القبول وقال
الشافعي تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التايب والاستثنا ينصرف
الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب انه منصرف
الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله

خطرا

ردحو

طلبي وهو اختياري فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين
احسانا قلت يا باه ضمير الفعل فانه يقتضي حصر احد المسندين في الاخر وهو يولد الاحار به سلمناه لكن
يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه يلزم جعل الكلمات المتعد
كان اذ الجزا فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو ساقط ظاهره سلمناه لكنه كان ابدا مجازا عن مدة
غير منتظر وله وليس بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثنا منقطعا او دفعا للتجوز
وتمام على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقريرنا في الاسناد لالات الفاسده **قوله** ولو حد
الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته
مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد في القذف كان رد شهادته من تتمة حده وبالاسلا
حدث له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق
لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان بعد العتق فجعل رده من تمام حده وطولب بالفرق
بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف
قايما في حقه الى حصول اهلية الشهادة ولم يجعل الزنا قايما الى حصول تسود الولاية وفرق
بينهما بان الزنى لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذ
موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه واعترض على كلام المصنف بانه لا فايدة
في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة ايضا لملاقاة الحد
وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال اسلامه لم
تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكانت ذكر الحد قبل الاسلام مقيدا والجواب
ان فايدته تطبيق المسئلتين على عرض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق
واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا ينافيه **قال** رحمه الله ولا شهادة
الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده
لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها
ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره قيل ما فايدة قوله
لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه
عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في
موضع من المواضع على سبيل الفرض لم يقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والابا
متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه
او ان يتمكن فيه شبهة قال المصنف المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي
يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه قيل التلميذ الخاص هو الذي ياكل معه
وفي عياله وليس له اجرة معلومة وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل
البيت من النوع لانه بمنزلة السايل يطلب معاشه منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة
او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستوجب فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه
واداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستاجر عليها وهو استحسان نزل به وجه القياس هو
قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة
اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جازت شهادة الاستاد له ووضع الزكاة ولكن للاجماع المنعقد
على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس واما شهادة الاجير المشترك فمقبولة لان منافعه

ود

ورات

غير مملوكة لاستناده ولهذا له ان يوجر نفسه من غيره في مدة الاجارة **قال** رحمه الله ولا تقبل
شهادة احد الزوجين للاخر و لا يقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما
متميزة والايدي متحيزة اي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الاخر غير متعدية
اليه ولهذا يقتص من احدهما للاخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين
واولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادة احدهما للاخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما بعد
نفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين
اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا ولنا ما روينا
من حديث عايشه رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد
لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولان الانتفاع متصل ولهذا لو وطي جارية امراته وقال
ظننت انها تحل لي لا يحد ولهذا الانتفاع هو المقصود من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من غير
وجه او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة **قوله** بخلاف شهادة
الغريم جواب عما ذكره الشافعي ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون
ولا يتصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة ولا يقال
الغريم اذا ظفر بجنس حقه ياخذه لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ بناء عليه وكذلك لزوجات
قال رحمه الله ولا شهادة المولى لعبده لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولان شهادته
له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما ان يكون على العبد دين او لا فان
كان الاول فهو له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين ان يصير العبد للغرما بسبب بيعهم في
دينهم وبين ان يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثاني فهي له من كل وجه لان العبد
وما يملك لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون الحال موقوفا مراعى لانه ان
ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يود عاد رقيقا فكان شهادة لنفسه ولا شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا بطل البعض
بطل الكل لكونها غير متجزية اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء
التهمة وقيل هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه
الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه
قال رحمه الله وتقبل شهادة الاخ لاخيه تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه
ولسائر الاقارب غير الولاد لانعدام التهمة بتباين الاملاك ومنافعها ولا تقبل شهادة مخنث وهو
في العرف من عرف بالرديء من الافعال اي التمكين من اللواط فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه
تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نايحة ولا مغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال والدليل
على الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النايحة والمغنية وصف
الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنايحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا
والمغني لهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية عندنا
وعند اهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغنا من المراة
فان رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغنا اليه ولهذا لم يقيد ههنا بقوله للناس
وقيد به في ما ذكر بعد هذا اي في غنا الرجل ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم
دينه والمراد به كل من ادمن على شرب شي من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر

ونتبع

ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في
بيته مقبول الشهادة وان كانت كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولا يؤمن بها
على الاقدام على الشهادة مع نسيانه بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لهو ولعب ولانه قد يقف على
عورات النسا بصعود سطحه ليطير طيره وذلك فسق فاما اذا كان يستانس بالحمام في بيته
فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا اخرجت من البيت فانها تاتي بحمامات غيره فيفرخ في بيته
وهو يبيع ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون اكلا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور
وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله ولا يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع الة لهو
او لا وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المعصية لانها كانت على الاطلاق وهذا يفيد كونه
للناس حتى لو غناه في نفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس
الايمة السرخسي واختاره المصنف وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة واصل ذلك ما روي
عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة ومن المشايخ
من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الاشعار
المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك كله **قال** رحمه الله ولا من
ياتي بابا من الكباير من اتى بنوع من الكباير التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا
بنا على ان الكبيرة اعم مما فيه حد وقيل وقال اهل العلم بالحجاز واهل الحديث هي السبع التي ذكرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله تعالى والفرار من الزحف
وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن والزنى وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان
حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا من ياكل الربوا
لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد او الشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلاثة القمار وتفويت بالاشتغال
به او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشيا من الكباير والمصنف لم يذكر الثالثة لان الغالب
فيه الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلاثة القمار وتفويت
بالاشتغال به او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشيا من الكباير والمصنف لم يذكر الثالثة
لان الغالب فيه الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج في شرط احد الامرين وفرق في
الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرده لقوله عليه السلام ملعون من لعب
بالنرد والملعون لا يكون عدلا ولا يجوز ان يكون افراد قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس
بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك **قوله** لان للاجتهاد فيه مساغا قيل لان مالكا
والشافعي يقول بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما
ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا فلو ردت شهادته اذا ابتلي به لم يبق احد
مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به
لعدم عموم البلوى ولا من يفعل الافعال المستحقرة وفي اخرى المستقبحة وفي اخرى المستحقمه
وفي اخرى المستخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو
النسبة الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب
المغرب هذه الاخيرة كالبول والاكل على الطريق لان فيه ترك المروة فاذا كان لا يستحيي من مثل
ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان متهما ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم
الصحابة والتابعون منهم ابو حنيفة لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك

ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال لا تقبل شهادة من سب اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم واقبل شهادة من تبرا منهم وفرقوا بان اظهاره سفه لا ياتي به
الا السقاط السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقده دينا واذا كان على باطل
فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهوا الا الخطابية منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به
من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان اصول الاهوا
الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثني عشر فرقة وقال
الشافعي لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق اذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث
التعاطي قلنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا تركه تدين والمانع من القبول ترك ما
يكون دينا فصار كحنفي شرب المثلث او شافعي اكل متروك التسمية عامدا معتقدا بلحمه فانه لا يصير به
مردود الشهادة والخطابية قبيلة غلاة من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة
قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر
وقيل انهم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى شيئا منهم على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته
وقيل كل من حلف عندهم فترد شهادتهم لانهم كافرون اذا كانوا كما قيل اولا ولتمكن الشبهة في شهادتهم
ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا **قال** رحمه الله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل
الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهود مع النصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت
مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى كالمسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل
الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد الولاية دون
الموالاة فانه معطوف على قوله مالكم من ولايتهم من شيء فالعطف قرينة يراعى به تناسب المعاني وقال
مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف
في خبره لقوله تعالى ان جاءكم فاسق فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه بخلاف جنسه
ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وامجابر بن عبد
الله وابو موسى لان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فله اهلية
الشهادة على جنسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسهم وعلى خلاف جنسهم
دون الذمي فبطل القياس والجواب ان القياس في الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله
تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واعترض بان الله قال ممن ترضون من الشهداء
والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة علينا او مطلقا والاول مسلم
وليس بمقبوله والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض **قوله**
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث
تعاطي محرم الدين او من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكافر ليس
من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور الدين بعينه دليلا على
الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الايات
مع علمهم تحقيقا قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا واجيب
بان المراد به الاحبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون على كتمان نعته ونبوته
ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين وهم يتوقون عن
كون الكذب على احد محظورا اذ هو محظور الاديان كلها و**قوله** بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار

كالمرتد

كالمرتد فانه لا ولاية له على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل و**قوله** بخلاف شهادة الذمي
على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية اهلية
الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه ان ولايته بالاضافة
الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب اخر عن هذا السوال لانه
منقول عليه جواب اخر وتقريره سلمنا ان علة قبول شهادته وهي الولاية متحققة لكن المانع متحقق
وهو سخطه على المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر وانها وان اختلفت فلا قهر
لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول **قال** رحمه الله ولا تقبل شهادة
الحربي على الذمي قال المصنف اراد بالحربي المستامن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم
يستامن على الذمي غير متصور لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الاسلام
لا يقال يجوز ان يدخل الحربي دار الاسلام بلا استيمان فيحضر مجلس القضاء لانه ماخوذ فهو اما فيصير
عبدا ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستامن على الذمي لانه لا ولاية له على
الذمي لكونه من اهل دارنا والمستامن من اهل دار الحرب واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد
ذكرناه في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى قوله وهو اعلى حالا منه اي قربا الى الاسلام من المستامن
ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستامن استظهار على الاختلاف لتمام الدليل بدونه لانه من اهل
دارنا ويجوز ان يكون جز علة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي
عليه لانه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي
والمستامن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين
اذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستامنين فضم تلك اليه للعلية في بعض الصور دون
بعض والاول هو الظاهر فان قلت انما يجوز ان يكون علة لقبول شهادة الذمي على المستامن لا جز
لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتامل وسنذكر الجواب عن قبول شهادة
الذمي على المستامن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك **قال** رحمه الله وتقبل شهادة المستامنين
بعضهم على بعض المستامنون في دارنا لا يخلو اما ان يكونوا من دار واحدة او لا فان كان الاول
قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع
الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث **قوله** بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية
لما قبلت شهادة الذمي على المستامن لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا
ومن هو كذلك فله الولاية العامة شرعا فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه
لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستامن فبقيت شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستامن لانه
ليس من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم
على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستامنين **قال** رحمه الله وان كانت الحسنات
اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب
الكبائر والاصرار على الصغيرة وكبيرة يعتبر غالب احواله في تعاطي الصغائر فان كان اساءته بما هو
مادون في الشرع اغلب من الماثم بالصغائر جازت شهادته ولا ينقدح عدالته بالمام الصغائر
لئلا يفضي الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف
وهو من لم يختتن لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا
بالدين لانه لا يسمى حينئذ عدلا لا يسلم وابو حنيفة لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع

ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتاخرون بعضهم تدره من سبع سنين الي عشرة وبعضهم اليوم
السابع من ولادته لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع او بعد السابع لكنه
شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانها
قطع عضو ظلما فصار كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب على كم بينا وكونهما
غير مانع بشهادة الابن نفسه فيهما اولى وقال مالك رحمه الله لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون
غيره مثله والكاف زايدة كما في قوله تعالى ليس كمثله شي فيتهم قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك
يقبله ليس بقادح لانه غير مواخذ به ما لم يتحدث به سلمناه لكن لا نسلم ان العدل يختار ذلك ويسعيه
وتقبل شهادة الخنثي لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة قال الله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وتشهد مع رجل وامراة للاحتياط وينبغي
انه لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنسا لاحتمال ان يكون امراه **قال** رحمه الله وشهادة
العمال جايزة قال فخر الاسلام وعامة المشايخ معني قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابا حنيفة يجيز
شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق كالخراج وزكاة السوايم لان نفس العمل
ليس بفسق لان اجلا الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا نظير لهم فعلا ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا
اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم **قوله** وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس
ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك
لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تشبيله بما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب
حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم
ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسالة رد التوهم
لان كسبهم اطيب الاكساب قال صلي الله عليه وسلم افضل الناس عند الله من ياكل كسب يده ياتي
يوجب حرفا **قال** رحمه الله واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصي الي فلان اذا شهد الرجلان ان
اباهما اوصي الي فلان او شهد الموصي لهما بذلك او شهد غريمان لهما على الميت دين او شهد
غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصي الي ثالث معهما فهذه خمس مسايل فلا
يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا او لم يكن فان كان الثاني لم يجز في القياس
والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز
استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه شهادة منهم يعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء
حقوقه او فراغ ذمته او لا شهادة لمتهم وجه الاستحسان انها ليست شهادة حقيقة
لانها ما توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب
الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل
في صلاحية من يعينه واهليته وهو لا شهادتهم كفوه مونة التعيين لم يلتفوا بها شيا ه
فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مونة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي
نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجيب بان الوصيين
اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما هاهنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن
التصرف لعدم استقلالهما وكانه كما تقدم بخلاف ما اذا انكرا والا لم يعرف الموت لانه
ليس له نصب ولاية الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين لم عليهما دين فانها
تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما

وان شهدا ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض ديونه لكونه لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل
ذلك او ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة
ترد ذلك **قال** رحمه الله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الجرح اما ان يكون مجردا
او غيره لانه لا يخلوا اما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المفرد لتجرده عما
يدخله تحت الحكم والاول هو الثاني وكذا ان سميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على العز بجر
بشي واقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثلا ان قالوا انهم فسقه او زناه او اكلوا الربوا فالقاضي
لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم
لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوب ورفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام والثاني
قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المفرد هتك الستر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام من
النص فكان الشاهد فاسقا لهتك الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل
ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد اجيب بان من
شرط ذلك في زماننا ان يقول لا اعلم من حاله او يعلم الشافعي بذلك سرا اذا ساله القاضي
تعاد يا عن التعادي ولحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا
يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيده لجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه
ايضا **قوله** الا انه استثنا من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود
المدعي عليه على المدعي انه اقر ان شهودي فسقة فانها تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم
ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا
شهدوا ان المدعي استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستيجار اليه ليس بخرج
له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيخرج الي الخصم يحكم له الحاكم لا خصم فيه لكونه اجنبيا عنه
حتي لو اقام البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة
من ماله الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا يدخل تحت الحكم وثبت
الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا
علي بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل ودفعته
اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع **قوله** ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح
فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من انه لا يقبل
في الجرح المجرد قلنا كذلك وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا سهل في المعني
اذا اقام المدعي عليه بينة انه الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف
او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله
انه عبد فلما انه يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وموضعه
اصول الفقه واما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو بطلان الحد بشهادة وهو
حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة
كما في تقدم فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله
صلي الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت
في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعي عليه لانها تندفع بان يقول
للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك اعتبار ان احدهما ان يكون

بردصم

لجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول لعموم علا منه عدم التقادم واما
اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه **قال**
رحمه الله ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطات
بنسيان ما يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يحق علي او اوست بالاجود لي فاما ان يقول
ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او
غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من احد الخصمين اولا فان كان غير
عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان
عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل ان
يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضا او في غيره وتدارك
ترك لفظة الشهادة انما يتصور قبل القضا اذ من شرط القضا ان يتكلم الشاهد بلفظة
اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا
شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع
ما شهد اولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضا على القاضي بشهادته
ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما بقي وزاد عند اخرين لان الحادث
بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا
التدارك يمكن ان يكون قبل القضا بتلك الشهادة وبعدها **قال** المصنف
ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضا فكان العذر واضحا فيقبل اذا
تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المسجد وهو عدل فاما اذا قال بعد ما قام عن
المجلس فلم يقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان
من المدعى عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط **قوله** ولان المجلس اذا اتحد دليل اخر على
ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة فان الحق الملحق باصل الشهادة فصار كلام واحد
وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار
المجلس في دعوى التوهيم اذا وقع الغلط في بعض الحد او في ذكر الشرقي في مكان الغربي او بالعكس
او في بعض النسب كان ذكر محمد بن حنبل احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر ثم تداركه قبل
البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير
المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه
اولا من تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس والله تعالى اعلم بالصواب

باب الاختلاف في الشهادة

اخر اختلاف الشهادة عن اتفاقها فانما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف
انما هو بعارض الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب **قال** رحمه الله الشهادة
اذا وافقت الدعوى قبلت الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل
قد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته
وموافقتها الشهادة هو اتحادهما نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا
وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على اخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى
عشرة دراهم وشهد بثلاثين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه

يوم

يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه به وشهد
باشتقاقه عنده او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي فيه او ادعى انه
ملكه وشهدا انه ملكه ولده او ادعى انه عبده ولدته الجارية لفلانة وشهد بولادة غيرها
لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا ترى ان المدعي
يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله
لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت
فيما يخالفها اما ان تقدمها فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد
منها ولا تعني بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من
التكذيب واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها
فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سوا وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوى
شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود
المشروط والثاني انه عند المخالفة يعارض كلام المدعي والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد
حتى اعتبر دون كلام المدعي والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة الزام الحاكم سماعها عند
صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفا
المانع لان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما
على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود
عملا بالاصل **قال** رحمه الله ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة الموا
فقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا
في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة في المعنى
فلا بد منها بالاتفاق واختلاف اللفظ من حيث الترادف فلا يمنع بالاتفاق ولهذا اذا شهد احدهما
بالهبة والاخر بالعطية فهي مقبولة واما الاختلاف بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الاخر
بالتضمن فقد نفاه ابو حنيفة وجوزاه فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده
وقالا تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان
والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد
احدهما بالزيادة وكلما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى
الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة على ما سيجي ولابي حنيفة انهما
اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على
اختلاف المعاني لانها دوال عليها بالضرورة وان ثبت بالبينة فالالف لا يعبر به عن
الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف كذلك فكان كل منهما كلاما مباينا
كلام الاخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شي منهما وصار اختلافهما هذا
كاختلافهما في جنس المال شهد احدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين
وشهد بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين
فما جواب ابي حنيفة عن ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس بحسب اشتراطه بين
الشاهدين فلانه لو ادعى الغصب وشهد بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب
والاخر بالاقرار به لم يقبل وللقائل ان يقول قد تقدم ان القبول للشاهد اذا كان في موضع التهمة

بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل
انه ابرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادتهما وفي القاضي انه لا يجوز هذا
بالاتفاق وبين هذه المسالة وما نقلت من المبسوط ما يرى من التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة
ان يحمل ما نقل عن المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء او الايفاء ولا يلزم ابا حنيفة ما اذا
قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت ولحق ولهما اذا
قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك
لان الاكثر شهد به واحد فلا يثبت به شيء **قال** رحمه الله واذا شهد احدهما بالف والاخر
بالف وخمسمائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول اذا شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين
عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر
المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف
فصار ايضا مسألتين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل فقال
لم يكن لي الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا
شاهد واحد وبه لا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه الا في البعض فما بال الف الذي لا يقضى به
على الباقي كما قضي بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به اجيب
بان تكذيب الشاهد تفسيق ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست
بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار **قال** وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله
لم يكن لي الا الالف والمسالة بحالها لا يقضى له بشيء لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا تقبل الشهادة
بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا لو قال
كان اصل حقي الفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق
وعلم بما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة اما ان
تكذيب الشاهد بالزيادة او سكت عن التصديق والتوفيق او يوفق وجواب الاول ولين
بطلان الشهادة والقضاء وللاخر **قال** رحمه الله واذا شهد بالف وقال احدهما
قضاه منها خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت
شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان
يشهد معه اخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء مناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا
لا يكون للمدعي على المدعى عليه الف بل خمسمائة لا غير اجيب بان قضاء الدين
انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله
قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به اولا وهو الدين فلم يعد منافيا
وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة
لان القبض بطريق التملك لما اوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة
فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضى بالاقل
كما قلنا في الالف والالفين الا ان محمدا خالفه هاهنا لان ذلك فيما تكون الشهادة بالاقل وقعت
ابتداء وهذا ليس كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء
والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب من شهد بقضاء خمسمائة

وتكذيبه يفسق له فكيف تقضى بشهادته وجوابه سيأتي **قوله** وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد
بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة لئلا يصير معينا
على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد
احدهما انه قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق
بين مسالة الجامع الصغير وبين ما ذكرت قبلها ان في مسالة الجامع شهد احد الشاهدين بقضاء
الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان
المدعي اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق له فشاهد القضاء اكذب في غير المشهود به الاول وهو القرض
لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه بشيء
اخر فلا يقبل لانه كذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي لشهوده تفسيق له لكونه اخبارا واما اكذاب
المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه **قال** رحمه الله واذا شهد
شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول
فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخران انه قتله يوم النحر بالكوفة قبل ان يقضي
القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احدهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد يعني القتل لا يمكن ان يكون
في مكانين وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت احداهما وقضي بها ثم حضرت الاخرى
لم يقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينقضها التي مثلها **قال** رحمه الله واذا
شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل
سرق بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد والبياض عند ابي
حنيفة وهو الاصح وقيل ان كانا يتشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة
والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم
على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسالة بحالها
فانها لم تقبل بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف نفس الادمي
وصار كالذكورة والانوثة في المغايرة ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد
لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون احد
جانبيها اسود يبصره احدهما والاخر ابيض يبصره الاخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول
كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق هاهنا
احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لاثباته والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا
ليس بمعتبر ما لم يصرح فيه فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يندرئ بها والجواب
عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا للاثبات ان لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة
كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به او لا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله
كلون ثياب السارق وامثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا للاثبات الحد لامكان ثبوته
بدونه الا ترى انهما لو سكتا عن لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة
ولم يكلفا نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل لذلك لان القيمة
تختلف بالخلاف فيهما فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس اعتبارا لامكان
التوفيق وبقاء التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان من صلب الشهادة وامكانه فيما لم يكن فيه هذا
والله اعلم **قوله** بخلاف الغصب جواب عن مسالة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب

بالاتفاق صح

دة

يكون فيه غالبا على قرب منه **قوله** والذكورة والانوثة جواب عما استشهدا به من الاختلاف بحالا يمكن الاجتماع في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا نسبه يحتاج الى التوفيق

قال رحمه الله ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف رجل ادعى على اخر انه باعه هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة وانكر البايع ذلك فشهد شاهد بالف واخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشرا بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود لترتيب الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن الاول الفا وزاد في الثمن وعرف به احد الشاهدين ولا اخر اجيب بان الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما اذا شهد بجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجه ما في الكتاب ان الشرا بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف والخمسمائة متضمنين بالشرا واما اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن

قوله ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل اخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البايع سوا ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلا خفا في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنى اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الادا وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والادا هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تسمع لتمكنه من الفسخ والجواب على الاول ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل الادا والادا لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او نقول ان معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الادا والادا لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تسمع لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار الفسخ ويخاصم لاثبات البدل وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اما ان المدعي اذا كان هو المراة والعبد والقاتل فلا خفا في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد لتثبت الطلاق والعتاق والعفو بنا عليه وان كان الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمراة تدعي الالف وقال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الالف اذا ادعى الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا تقبل عنده خلافا لهما وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضا الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم يكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضي باقل المالين اجماعا فيما عقد الرهن بالف غيره بالف وخمسمائة فيجب ان

لا تقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شا فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما في ساير الديون وثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو ان يكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الاجر او المستاجر فان المنازعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى على اخر الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وان كان المستاجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالاجر لا يثبت منه ببينة سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستاجر باعترافه

قال رحمه الله فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة قبلت بالف عند ابي حنيفة وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا **قوله** والاصل فيه الحل والازدواج دليل اخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهدين فيما هو الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر لان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما بكلمة او والصواب كلمة الواو بدلا لا يستوي **قوله** في الصحيح احترازا عما قال بعضهم احترازا عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجه ما في الكتاب ان المنظور اليه للعقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى ما هو شرط في المقصود اعني الدين وقال ثم قيل الاختلاف ما اذا كانت المراة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت المراة تدعي وما اذا كان الزوج وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد او المال والمراة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد ولا فالمال بوصفه لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه والله اعلم **فصل** في الشهادة على

الارث ذكر احكام الشهاده المتعلقه بالميت عقيب لاحكام المتعلقه بالاحيا بحسب مقتضى
الواضع واعلم ان العلما اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج الي الجر والنقل وهو ان يقول
الشاهد عند الشهاده هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له او لا قال ابو حنيفه
ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثه خلافه ولهذا
يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة للمورث شهادة به للوارث وهما
يقولان ملك الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبرا في الجاريه الموروثه ويحل
للوارث الغني ما كان تصدق به علي المورث الفقير والمتجدد محتاج الي النقل بان لا يكون
استصحاب الحال معتبرا الا انه مكتفي بالشهادة علي قيام ملك المورث وقت
الموت لثبوت الانتقال حينيذ ضرورة وكذا علي قيام يده لان الايدي عند الموت
ينقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان
يشتري اسبابه ويبين ما كان بيده من الودايع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر
من حاله ان ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد تكون اليد
امانة ولا ضمان فيها تنقلب بواسطة ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان
الموت ولم يبين انها وديعة فلان لانه حينيذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان واذا
ثبت هذا فمن اقام بينة علي دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده
فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف
فلانه لا يوجب الجر في الشهاده واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر
وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقام انها كانت في يد
فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت وصار كانه
اقامها علي انها ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها
ميراثا له لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه وتقبل عند ابي يوسف بشهادتهم
ملك المورث **قوله** وان قالوا الرجل حي مسئله الحي انما استطرادا دهي ليست من باب
الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعي اخر انها له واقام بينة انها
كانت في يده لم تقبل وعند ابي يوسف انه تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا
انها كانت ملكه قبلت فكذا هذا فصار كما لو شهدوا بان المدعي عليه اخذها من المدعي فانها
تقبل ويرد الدار الي المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان
اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول
والقضا بالمجهول متعذر و **قوله** وهي متنوعة دليل اخر اي اليد متنوعة الي يد ملك
وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضا باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه
معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لان يد ذي اليد
معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين
المحسوس عدم زواله **قوله** وان اقر المدعي عليه اذا قال المدعي عليه هذه الدار كانت
في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان
باقرار المدعي عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة
في المقر به وذلك لا يمنع القضا كما لو ادعي عشرة دراهم فشهدوا علي اقرار المدعي عليه ان

له عليه اشيا جازت الشهادة ويومر بالبيان والله تعالي اعلم بالصواب

باب الشهادة علي الشهادة

الشهادة علي الشهاده فرع شهادة الاصول فاستحقت التاخير في الذكر وجوازها استحسان
والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حقا للمشهود له لعدم الاجبار والا
لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة
الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادايها لبعض العوارض فلو لم تجز لادي الي اتوا الحقوق
ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة علي الشهاده وان بعدت الا ان فيها شبهة اي لكون
فيها شبهة البدلية لان البدل لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض
بانه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد احد
الشاهدين وهو اصل والاخران علي شهادة شاهد اخر جاز واجيب بان البدلية انما هي
في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول
هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول
لم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبتت البدلية فيها لا يقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النسا
مع الرجال و **قوله** او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف علي قوله من حيث البدلية يعني
ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان فيها في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم
العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة الكذب مع امكان الاحتراز بجنس الشهود بان
يزيد والي عدد الاصول عند شهادتهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا يقبل في
الحد ودفع القصاص **قوله** ويجوز شهادة شاهدين اي يجوز ان يشهد شاهدان علي شهادة
كل واحد من الاصلين وقال الشافعي لا يجوز الا ان يشهد علي شهادة كل واحد منهما شاهدان غير
الذين شهدا علي شهادة الاخر بذلك اربع علي كل اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام كل واحد
قال رحمه الله لما قاما مقام رجل واحد لم يتم حجة القضا بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه
لا يجوز علي شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يفيد الاكتفا من غير تقييد بان يكون
بازا كل اصل فرعان ولان نقل الشهادة معطوف علي قوله ولنا قول علي ومعناه ان نقل شهادة
الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الاخر شهدا
بحق اخر غير الاول بخلاف شهادة المرايين فان النصاب لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا يقبل
شهادة واحد علي واحد خلافا لمالك فانه قال الفرع قايم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله
في ايصال شهادته الي مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار
فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة
علي المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهاده بخلاف رواية الاخبار **قال** رحمه الله
وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل للفرع من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع
شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل
لشاهد الفرع اشهد علي شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني علي نفسه
لان الفرع كالنايب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل علي ما مر وانما قال كالنايب عنه لما مر
ان الفرع ليس بنايب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع كما
يشهد الاصل عند القاضي لينقله مثل ما سمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي

والاولا وضح لقوله لنقله الي مجلس القضا وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهد علي نفسه جاز لان
من سمع اقرار غيره حل له الشهاده وان لم يقل له اشهد **قوله** رحمه الله ويقول شاهد الفرع
هذا بيان كيفيه ادا الفروع الشهاده بقولك شهادة الفروع عند الادا اشهد ان فلان ابن فلان
اشهدني علي نفسه شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد علي شهادتي بذلك لانه لا بد من
شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تؤدي ذلك كله وهو
اوسط العبارات ولها اي ولشهادة الفروع عند الادا لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع
عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان علي فلان كذا من المال واشهدني علي شهادته
فامرني ان اشهد علي شهادته وانا اشهد علي شهادته بذلك لان فذلك ثمان شينات والمذكور اولا
خمس شينات واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد علي شهادة فلان بكذا وفيه
شينان ولا يحتاج الي زيادة شي وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر وهذا
ذكره محمد في السير الكبير ومن قال اشهد في فلان علي نفسه لم يسع ان يشهد السامع علي شهادته
حتي يقول له اشهد علي شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضا عنده يقع
بشهادة الاصول والفروع حتي اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يخير المشهود عليه
بين تضمين الاصول والفروع وذلك مما يكون بالتوكيل ولا توكيل الا بامره واما عندهما فلانه
وان لم يكن بطريق التوكيل حتي لو اشهدا نسانا علي نفسه ثم منعه عن الادا لم يصح منعه وجاز له ان
يشهد علي شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الاصول الي مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها
ليست حجة بنفسها ما لم ينقل ولا بد للنقل من التحميل ولقايل ان يقول كلام المصنف مضطرب
لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل ليصير
حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل بما يحصل بعد النقل والنقل
لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوايد الظهيرية توهم في هذا الموضع لان الشهادة لا يكون حجة
الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل من غير نقل لان الفرع لا
يسعه الشهادة علي الشهاده وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق
اخر وهو ان الشهادة علي الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل له
منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهاده مستحق علي الاصل يجب عليه ادا متها
ويا ثم بكتمانها متي وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان
بقضايه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لا يشترط الامر بصحتها غير ان فيها مضرة
من حيث انها حجة في ابطال ولايته في تنفيذ قوله علي المشهود عليه وابطال ولايته بدون
امره مضر في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها
اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن يسد الخلل واما
عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول
الشهادات بوجه اخر مفيد **قال** رحمه الله ولا تقبل شهادة شهود الفروع قد تقدم ان تجوز
الشهادة علي الشهاده مساس الحاجة فلا تجوز ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا
مسيرة ثلاثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الي مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه
الاشيا لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيد
حكما حتي ادير عليها عدة احكام لقصر الصلاه والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية ○

والجمعة

والجمعه وحرمة خروج المراة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا الادا
الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح له الاشهاد دفعا للحرج واحيا الحقوق الناس قالوا
الاول اي التقدير بثلاثة ايام احسن لان العجز شرعا يتحقق به كما في ساير الاحكام التي عددناها
فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكثير من المشايخ
وروي عن ابي يوسف ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل اقرار
فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا علي شهادة اصلين
فهو علي وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي ولا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس
فان عرفهما بالعدالة قضي بشهادتهما وان لم يعرفهما يسال عنهما وان عرف الاصول دون الفروع
يسال عن الفروع وان عرف الفروع يسال عن الاصول فان عدل الفروع الاصول يثبت عدالتهم
بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم علي صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان
فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية و **قوله** غاية الامر رد لقول من يقول من المشايخ
لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الي رده بقوله
غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر التهمة ان لا يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب
ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي **قوله** بما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله
كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس
عند تنفيذ القاضي **قوله** علي موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة فيه في الواقع كيف
يكون ذلك ما نعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول
وان ردت شهادة صاحبه حتي اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا
تهمة وان سكتوا علي تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول
بان يسال من المزكين غير الفروع عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة
الا بالعداله فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهاده فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم نقل
الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفي عليهم فاذا نقلوا فقد اقاموا ما وجب عليهم
ثم القاضي يعرف العدالة كما اذا احضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول
او لا فكذلك وقولهم لا نخبرك سوا وكانه اشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الايمة
الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسال عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد
الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة بان قالوا اما لنا في هذه الحادثة شهادة
ثم جا الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين
خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع **قال** رحمه الله واذا
شهد رجلان علي شهادة رجلين اذا شهد فرعان علي شهادة اصلين علي فلانة بنت فلان الفلانية
وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجا المدعي بامراة وقال الفرعان لا نعلم اهي هذه ام لا
فقال المدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة علي المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي
يدعي الحق علي الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها ليزول الشبه ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة
ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا علي المشتري بعد ما انكر ان يكون المحدود بها في يده
لا بد من شاهدين اخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعي عليه وكذا اذا انكر المدعي عليه الذي
في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذا اذا كتب قاضي بلد الي اخر شاهدان شهدا عندي ان لفلان

ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته فلان المذكور في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليه في القضا لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته منفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل بقبول كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب اذ العدد من شانهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل بقبول كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب اذ العدد من شانهم دون الكتاب لان ديانته ووفور ولايته اقام مقام العدد ولو قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني الخاصة دونها قال في الصحاح الفخذ اخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين لجمع القبائل والقبيلة لجمع العمائر والعمارة بكسر العين لجمع البطون والبطن لجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخا لجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فكم يكون منهم نسا اتحدت اساميهم واسامي ابائهن ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة ثم التعريف وان كان لا يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو الصواب

فصل باب تشهير شاهد الزور

قال ابو حنيفة رضي الله عنه شاهد الزور اشهره في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او شهد بقتل رجل فجا حيا يعزره وتشهيره تعزيره عند ابي حنيفة بقوله ولا اعزره يعني لا اضربه وقالا يوجعه ضربا ويحبسه وهو قول الشافعي ومالك رحمهما الله لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخا المعجمة من السخام وهو سواد القدر او الحا المهملة من السحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا يبلغ التعزير الى اربعين لان المقصود هنا اثبات ما نفاه ابو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة **قوله** ولان هذه اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى ابو بكرة رضي الله عنه عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكيا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت وتعدي ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيها حد مقدر فيعزر ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يفعله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع فانه اذا تصور الضرب لخاف فلا يرجع وفيه تضييع

للحقوق

للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا تاويل شمس الايمة رحمه الله واوله شيخ الاسلام رحمه الله بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله انه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الايمة ان عندهما يضاف التشهير والحبس والتعزير مقداره مفوض الى ما يراه القاضي ولم يذكر المصنف رحمه الله هذا الاختلاف فيمن كان تائبا او مصرا او مجهول الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك او لا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ رحمهم الله ستة اشهر وعند اخرين سنة قالوا والصحيح انه مفوض الى راي القاضي واذا كان مستورا لا تقبل اصلا وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف رحمه الله لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى ابو جعفر عنه انه تقبل قالوا وعليه الفتوى قال وفي الجامع الصغير ذكران فايدة ذكر روايتين في معرفة شاهد الزور بانه الذي اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص فظهر حيا او بموته وكان حيا اما الذي [illegible] نه واما لانه لا يحصل له ان يقول كذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعلا كانه قال ذلك

كتاب الرجوع عن الشهادة

مناسبة هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور فيما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة بعدم اثبات الحق بها على العموم لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضى ههنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع فرجوعهما صار زورا وكانهما للشهادة ولا ضمان على من يكتمها لان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الاخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك تساوياه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال القضا به

ولا يتضرر به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء
القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان السبب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم
كما في حفر البير على قارعة الطريق فان قيل هم كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلا الضمان
اجاب بقوله التناقض لا يمنع صحة الاقرار وقد بيناه من بعد واكتفى عن ذكر التعزير
في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم **قال** رحمه الله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم
الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ للشهادة
وهو يختص بمجلس الحكم فالرجوع يختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة يختص
بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان المشهود عليه على نفسه بسبب
الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق
لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برافع للحجة لان
الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة في غير مجلس الحكم كما مر والاقرار بالضمان مرتب على
ارتفاعها او ثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم
ابتداء لا بقاء فيجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بما شرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس
الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود
المبيع في البيع لانه شرط لصحته وصحة الفسخ لان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية
فالسر بالسر والاعلان بالاعلان فشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به
واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة
او عجز عنها واراد ان يحلف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة
واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة
انه رجع عند قاضي بلد كذا وضمنه المال تقبل بينته لان السبب صحيح الضمير المستكن في ضمنه
يجوز ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الان ويجوز ان يكون
للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من
المضاف اليه وهو قبول البينة اي لان السبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في
مجلس حكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس
بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان قال
وان شهد شاهدين ثم الحكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسألة قد علمت
من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما يأتي بعدها
من رجوع بعض الشهود دون بعض وقال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سببا الاتلاف ولا معتبر
به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك
يوجب الضمان اذا لم يكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه
متعذر لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بملجأ حقيقة لان الملجأ حقيقة
من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد
القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا لان الحكم
ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب فان قيل ما لكم منكم ومن الشافعي ترك اصله المعهود في الشهادة
بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمرا فاقتص منه ثم رجعا قال يجب عليهما

صح

ما لهما عندكم وما جعلتم كالمباشر قلنا فعل المباشر حتى يجب القصاص عند الشافعي يجب
عليهما القصاص وجعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة او ما يشبهه
كما سيجيء والشافعي جعله مباشرا بما ورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا
لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من
مذهبه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال
عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما
يضمنان يعني ان الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا
وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت
بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وبيان
ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما ولو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفي منهما عينا
بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود
به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا
فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لان ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود
به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف
المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه بما اخذ الضمان لا ينتفي المماثلة واذا كان دينا
فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض ينتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي
له بالمقضي ولكن بالمقضي عليه يزعم ان ذلك باطل لان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن
الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي **قال** رحمه الله واذا رجع احدهما
ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع عن الشهادات بقاء من بقي لا من رجع لان وجوب الحق في الحقيقة
بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء لان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين
يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستوائهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى
المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادته من بقي نصف الحق
فان قيل سلمنا ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من
الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء لاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح
في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء وقد تقدم واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه
بقي من بقي بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق
المتلف يسقط الضمان فيما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف له بالضمان
ثم استحق المتلف عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي
على المتلف فلان يمنعه بطريق الاولى لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع اخر ضمنا الربع لان نصف
الحق قيل يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول
كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه
واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين والانقلاب وذلك لان الاستحقاق
كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان
الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما ولولا القضاء كان بشهادة وهي موجودة منهما في حالة
واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب تمنع من ايجاب الضمان

عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى به شهادته كل الحق فاذا رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل وهو سعين القيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امراتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء ومكررا فكان للاطلاق ككلمة كل وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان المراة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم وكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا **قال** رحمه الله وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح وان شهدا على امراة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بقدر مهر مثلها او باقل من ذلك ٥ لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة **قوله** وانما تتقوم جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتمليك كذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة الازالة الا ترى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضحه اصول الفقه وقد ذكرناه ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتاييده ولذلك ان شهدا على الزوج بتزوج امراة بمقدار مهرها لانه اتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان وقوله وهذا لان معنى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وهو يوجب الضمان **قال** رحمه الله وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمته الفين ضمنا للبائع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلاثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة ٥ والثمن لانه اتلاف فيها الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة بحيث لو لم يفعل كان راضيا به والرضى يسقط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق

المشتري

المشتري بزوائده والبايع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط كالارتداد ومطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب تشبيها به الا ترى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية لانه ولان الفرقة قبل الدخول قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع لان المراة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل البدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك **قال** رحمه الله واذا شهدا بقصاص ثم رجعا اذا شهدا على رجل بقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل وفاشبه القاضي المكره لانه كالملجا لشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب هو ان كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس بملجا الى القتل **قوله** بل اولى يعني التسبيب ههنا اولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمتنع عن القتل ولا يبالى عليه والولي يبالى على الاستيفاء فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد اولى ولنا ان القتل مباشرة لم توجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن فيه الا ان يكون اسما الى ان المباشرة للقتل هو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقايل ان يقول ظهور ايثار حياته اما ان يكون شرعا او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا ولهذا نزل فقال ولان الفعل الاختياري يعني سلمنا انه لا يقطع نسبته ثمه تسبيبا ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة تندرئ بها القصاص فان قيل لو اورث شبهة لا يدفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يثبت بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه

لم يتخلل هنا لان المباشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعله المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه وان رجع احد مما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وبين تضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما فانهما لا كانا عاملين للولي فيرجعان عليه وقال ان ضمنا الاتلاف المشهود عليه والمتلف لا يرجع بما ضمن بنفسه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم **قال** رحمه الله واذا رجع شهود الفرع اذا رجعوا شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم غالطين او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضا لان انكارهم خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فلذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال لا يضمنوا لهما ان القضا وقع بشهادة الفروع لان القاضي تقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضا وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف وله ان الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضا والقضا يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصار كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهما الضمان فكذا ههنا ولو رجع للاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضا وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك لان القضا وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا بو حنيفة وابو يوسف وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب ــــــــ بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما يجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتاخير دليل محمد في المسلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا يبطل به القضا لانه خبر يحتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيا **قال** رحمه الله وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اذا شهدوا بالزنى وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قولنا انا نسال انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم يقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنى وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث

التاثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنى بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا **قال** رحمه الله واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهدا على رجل انه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر وقال ذلك لامراته قبل الدخول بها واخران على دخولهما ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط كحافر البير مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر **قوله** الا ترى توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الاصل وحدهم اختلف المشايخ فيه وما ل شمس الايمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الاصل وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط بعض المشايخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا خلفا عن العلة وشبهه بحفر البير فقيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون سواء كان بطريق التعدي ولا يخلا ومسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط **قوله** ومعنى المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله اعلم بالصواب ــــــــ

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى التعاضد والتعاون والشهادات من التعاضد والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقها عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم يلحقه النكير والسنة وهو ما روي ان حكيم بن حزام بشرى الاضحية وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقا المقدور بتعاطيها وركنها لفظ وكلت واشباهه وروى بشر عن ابي يوسف اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف وتلزمه الاحكام كما سند كره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه **قال** رحمه الله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشرا الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة

امامى

بانها غير مطردة ومنعكسة الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل بعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يوذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيهما واما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراوها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه لكونه المحال الشرط كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لا دافع وبان التوكيل بالشرا جايز وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لمانع وقد م عدم المانع في الاحكام الكليه غير لازم وان محل عقد الوكاله في الشرا هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضه وهي ليست ملكه لا بقاله هلا جعلتم المحل فيه بد لها وهو ملك الموكل لان ذاك محل التوكيل بايفا القرض لا بالاستقراض والا بقوله بعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك الجواز ان يمنع مانع عن التوكيل وانه صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة مطلقا فانها جايزه وان لم يكن ثمه عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي يراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهي الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شايع وحينيذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز **قال** رحمه الله ويجوز الوكاله بالخصومه في ساير الحقوق الوكالة جايزه في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفايها واستيفايها اما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الي وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعد ما اسن عقيل ذكره وكل عبد الله بن جعفر واما بايفايها واستيفايها فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفايها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندري بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفي فيمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الي القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال **قوله** وشبهة العفو دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقرير القصاص يندري بالشبهات وهي موجوده لان شبهة العفو ثابته حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد يعفو ولم يشعر به الوكيل بل هو الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي يقول خالص حق العبد فيستوفي بالتوكيل كساير حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا ساير الحقوق لا تندري بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهه في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفا هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفي فانه قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الي التوكيل بالاستيفا وهو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفا يعني لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفا عند حضوره استحسانا اليلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز الوكاله بالخصومه في جميع الحقوق وايفايها واستيفايها واستثنى ايفا الحدود والقصاص واستيفايها بقي الحدود والقصاص داخله في قوله بالخصومة فقال هذا الذي

ذكرناه

ذكرناه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غايبا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الي الموكل عند حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفا ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الي الجنايه والظهور الي الشهادة والشرط المحض من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كساير الحقوق لقيام المقتضي وانتفا المانع لا يقال المانع وهو الشبهه موجود كما في الاستيفا والشهادة على الشهادة لا نما في الشرط لا تصلح مانعا التعلق لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفا فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبره لا يمنع الدفع الا ترى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحه لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضا بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بساير الحقوق ووجه الاستحسان ما فاله من شبهة عدم الامر به **قال** رحمه الله قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضي الخصم اختلف الفقها في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بها الا برضاه وسوا كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا بالمرض او السفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضي الخصم وهو قول الشافعي وللمصنف ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده او لا فعنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضي الخصم مجاز العقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم واراد الملزوم فيه وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم وعرف في الاصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز فان الجواز في قوله لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الي قوله ولا خلاف في الجواز والي التوجيه بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون وايفايها ولابي حنيفة الا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضر في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وهاهنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تتوقف على رضا الاخر وان كان تصرفا في خالص حقه لما تضرر شريكه فيتخير بين الامضا والفسخ **قوله** بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان في خالص حقه ومراده جواب عن التنزل بان يوقع الضرر اللازم بالمرض

ض

والسفر من فوات التاخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح

وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا بمجرد قوله دعوى ذلك الا بالنظر الى
زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت الخصم امراة مخدرة وهي من لم
تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها النطق
بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتاخرون اما في الاصل فلانه
لا فرق عند ابي حنيفة بين الرجل والمراة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة
الا بالعذر بين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر دون الثيب
والرجل **قوله** رحمه الله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف
ويلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي
حنيفة فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به
جاز عنده ومنشا هذا التوهم انه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي
وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون ويكون
ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا يلزمه
فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا الزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف وتلزمه جنس الاحكام
ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لاستلزام وجود المانع وهو فوات
رايه **قوله** لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطنا به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة
الموكل لكونه نايبا عنه فيكون الوكيل تمليك التصرف وتمليك من لا يملكه محال ولقايل ان يقول ان
الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل
المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب
ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل
فيما تصرف فيه بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل
والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه احكام
ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه او لا لعارض عرض في بعض ذلك لان
مبناها على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن
اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويتصف بان لا يكون هازلا لانه
يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن
اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم
اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان
وده دوازده في العقار وما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال
بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او الماذون البالغ مثلهما جاز ويفهم جواز توكيل من كان مثلهما
بطريق الاولى لان الموكل مالك التصرف والوكيل من اهل العبارة فيهما صحيحة لما تقدم وان وكل
الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه او فعل الماذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من
جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه
والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه
لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد
اذا اعتق لزمته العهدة لان المانع من لزومه حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم يلزمه لان المانع قصور

اهليته حيث لم يكن **قوله** ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله
محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا ماذونين تتعلق الحقوق بهما لكن فيه تفصيل وهو ان الصبي الماذون
اذا وكل بالبيع فباع لزمته العهدة سواء كان الثمن حالا او موجلا واذا وكل بالشراء بثمن موجل لم تلزمه قياسا
واستحسانا بل يكون على الامر مطالبة البايع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن
ما يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك انما هذا التزام مال في ذمته استوجب مثل ذلك
على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل
بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك
المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كانه اشترى لنفسه ثم باع منه
والصبي الماذون من اهل ذلك والجواب في العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف
ان المشترى اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن
ويفيق له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا
عثر على عيب لم يرض به **قال** رحمه الله والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين من العقود التي
يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب تتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطه الاول كل عقد
يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق
بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه
واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما اما
حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا له اهلية الايجاب والاستيجاب فكان
العقد الواقع منه له ولغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول
والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق
فيتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر وقال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن
ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق
العقد **قوله** والملك يثبت للموكل خلافة جواب عما قال الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف
والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة
عنه ومعنى الخلافة انه يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب العقد موجبا حكمه للوكيل فكان قايما
مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من
اصحابنا وقال شمس الايمة قول ابي طاهر اصح وقال المصنف هو الصحيح فان قيل قول ابي
طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزامه **قوله** فانه يثبت الحكم وهو الملك
يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي
اصالة وتحقيق الخلافة ان تصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل
واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اسند الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس
لحصولهما بعبارته واهليته بطل التوكيل ولو اسندهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه
الغرض من التوكيل واليه اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل
ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب **قوله** هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي وهي
ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح
لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملكه المشتري

لكان ذلك ولجيب بان ثبوت العتق يقتضي ملكا مستقرا قال المصنف في الزيادات فمن تزوج امة بنحو حرة على عتقها فاجاز المولى صار زكا لامته من الحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج بعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر يتصل في ثاني الحال لا يعتق عليه وفيه نظر لانه خالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل في الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق واما طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن قال المصنف وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره واراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشرا بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فقال له ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه **قال** رحمه الله وكل عقد تضيفه الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد لا يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المراة بالتسليم لان الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنايه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صادرا منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المصنف وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب يعني لان السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظاهر واما فيه فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليه لكونه حرا من بنات ادم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل فيكون اسقاطا لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ولقائل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فايدة قوله لان الحكم لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل ويثبت له خلافة اعتبارا بالتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا بالعبارة وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتاخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله لكان سفيرا والله دره على فضله وتنبهه لتطابق الاعتبار اتجزاه الله عن الطلبة خيرا رحمه الله والضرب الثاني من اخواته اي من اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فيضيفها الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق بماله او يقرضه او يعيره دابته او يودع متاعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امر به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبتك موكلي او رهنته وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض من عليه قال المصنف لان الحكم فيها يعني في الصورة المذكورة يثبت بالقبض والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا له المحل والحكم فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما الحاج

الي

الي القبض اولى بصحفها الى الحلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس بحو التوكيل بالاستعارة او الاستيهاب او الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالجواب ان يثبت الحكم للموكل وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له عن اضافة العقد الى موكله وهو يجعل التبرع له فصار كما اذا قبضه بنفسه وكذا اذا وكل بعقد الشركة والمضاربة كانت الحقوق راجعة الى عقد الموكل للاضافة **قوله** الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثنا من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الارا فانظر لك فاحمد الله واذا سمع ذهنك بخلافه فلا ملومة فالمجتهد المقلد موضعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشرا فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفا القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار وهو الموهوب اذ ليس ثم بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيهما بجعلهما موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة لزمه اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بخلاف الرسالة فانها تصح في الاستقراض قال فحل لا يفصح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل **قال** رحمه الله واذا طالب الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فايدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل للموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض **قوله** ولهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابرا بعوض ولان يتعسر فالابرا بغير عوض ولو ابراه جميعا بغير عوض وخرج الكلام معا برئ المشتري بابرا الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشي فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابرا بعوض وهو معتبر بالابرا بغيره وللوكيل عند ابي حنيفة ومحمد ان يبري المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابرا والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابرا اسقاط القبض وهو حق الوكيل فكان بالابرا مسقطا حق نفسه وفيه

نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز
ابراؤه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابرأ اسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من
ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن
يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء مما لية العبد عليه واستحسن
ابو يوسف فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب
القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل
قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا انفا فان قيل الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع
يوجب مقاصة لان فيه تعرض الموكل وحصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا
متقدما ان كانت بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشرا فصل

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشرا وقدم فصل
الشرا لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات رحمه الله
ومن وكل رجلا بشرا شي اذا وكل رجلا بشرا شي بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته
اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل
المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على الكثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان
والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف
هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح
اوليك وبالنوع الصنف فمن وكل رجلا بشرا شي فاما ان يكون معينا اولا والاول لا حاجة
فيه الى ذكر شي والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية
جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه
الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف والثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الايتمار
بما امر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم
وهو الشرا والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشرا بل شرا نوع من جنس
واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الاخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع
لي ما رايت فانه فوض الامر الى رايه فاي شي يشتريه يكون ممتثلا ويقع على الامر والاصل ان الجهالة
اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا والقياس اباه لان التوكيل بالبيع والشرا يجعل الوكيل
كالمشتري لنفسه ثم كالبايع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر ووجه الاستحسان
ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة وغيرها
ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه
فذاك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان لم يبين جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة
فذاك مجهول لم يصح الوكالة لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة
فان ضم الى ذكره بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة
وغيرها فلذلك وعلى هذا اذا قال لاخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة ببين
الثمن او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف

ينطلق

ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس
من الاطلس الى الكسا ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها
تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر
الامتثال لانه بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة الا اذا
وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا او
جارية لا يصح لان ذلك يشمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي
ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لانه بذكر النوع
تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لانه بتقدير الثمن يصير النوع
معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس
صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والوسطة وفايدة ذكر
وضع الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه قال رحمه
الله ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما ومن دفع الى اخر دراهم وقال
اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا
للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف
املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شرا الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها
قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم
فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير
ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم
فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره
يدل على ان ما ذكره مطلق اي سواء كانت الدراهم قليله او كثيره واذا وكل بشرا الطعام ينصرف
الى شرا الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل يخالف للاول بل هو داخل
في الاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول للاول بل هو
داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر
ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز
لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة واقول في تحقيق ذلك العرف يصرف
اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها
تعين افراد ما عينه العرف وقد تعرض ما يترجح على ذلك وتصرفه الى خلاف ما حمل به
عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا
وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك قال رحمه الله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على
عيب واذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشترى
بيده او ودفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البايع بغير اذن الموكل
لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه
لانه انتهى حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا
اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كشفيع وغيره
كالمستحق قبل التسليم وبعده الى الموكل قال رحمه الله ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم

اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا تفعل جاز لانه عقد يملكه الموكل
بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكاله ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل
يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين
على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه
الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكوره عن الانتقاض وبان التوكيل بالشرا جايز
لا محاله والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال المسلم اليه
والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة
وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به
والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى
الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص والاخر يملك بدله وما ذكرتم
ليس كذلك فان الموكل في الشرا يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته فان قيل فليجعل المسلم فيه
في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشرا فالجواب هو الجواب عن السوال الاول المذكور انفا
واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال مملوك له فاذا سلمه
الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه
او الى الامر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف وراس مال السلم في المجلس فان
قبل العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سوا كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق
به كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وانه لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل
القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غايبا
عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالمصارف بنفسه فلا تعتبر
مفارقة الوكيل ومفارقة الموكل غير معتبره لانه ليس بعاقد والمستحق قبل العاقد **قوله** بخلاف
الرسول متعلق بقوله صح قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب
الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من
الجانبين في المسلم اليه فكذلك اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز
الوكاله من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة
في العقد لا في القبض والا كان افتراق بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان
قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح **قال** رحمه الله واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من
ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا اذا دفع الوكيل الشرا بالثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا
فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادله حكميه اي صار الوكيل كالبايع من المشتري
لثبوت اماراتها فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده
على الوكيل وذلك من خواص المبادله فان قيل ما ذكرتم فرع المبادله فكيف يكون دليلا عليه
قلنا الفرع المختص بالاصل وجوده يدل على وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع
كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته
يرجع عليه **قوله** ولان الحقوق دليل اخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع
بغير اذن الموكل والاذن ثابت هنا دلاله لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل
ومن جملتها الدفع علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك امرا به دلالة

وهلاك المبيع في يد الموكل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل
قابضا بيد الوكيل فان هلك في يد الوكيل فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وللبايع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا الاصل بين ان
يكون الوكيل دفع الثمن الى البايع او لا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل
فصار كانه سلمه اليه والحبس في السلم غير متصور ولنا في ذلك طريقان احدهما ان يقال
التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لان المبادله تقتضي الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه
ضروريا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض على
وجه لا يكون الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثاني ان يقال ان قبض الوكيل في الابتدا
متردد بين ان يكون للتسليم الى الموكل وان يكون لاجل حقه وانما يتبين احدهما بحبسه فكان
الامر فيه موقوفا في الابتدا ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه
كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان
الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الثمن فاذا كان الثمن عشرة مثلا وقيمة المبيع عشرة
رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان
او كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت فلا يرجع الوكيل على الموكل
ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر زفر يقول منعه حقه بغير حق
لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه صار غاصبا ولهما اي لابي حنيفة ومحمد
ان الوكيل بمنزلة البايع من الموكل كما تقدم والبايع حبسه انما هو لاستيفا الثمن فكذا حبس الوكيل
فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع
مضمون على البايع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فهو في
جهة كونه بايعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة
ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفا بعد ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم
وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع فان البيع مضمون قبل الحبس
بنفس العقد وهذا الاسناد مدعاه وقوله بخلاف المبيع نفي قولهما يعني ان المشتري ليس كالمبيع ههنا
لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبايعه واجاب
المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البايع ومثله لا يمتنع كما لو
وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين
الموكل وهذا مغالطة على ابي يوسف لانه تفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البايع وبين
هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل
بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع
والله كما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بايع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بايع ليس بوكيل
فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفسخ الفرق بل اذا تاملت حق التامل وجدت ما ذكر عن جانب
ابي يوسف غلطا لا مغالطة وذلك لان البايع من الوكيل بمنزلة بايع البايع واذا انفسخ العقد
بين المشتري وبايعه لا يلزم منه الفسخ بين البايع وبايعه فكان ذكره احدهما **قال**
رحمه الله واذا وكله بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم وكلاه جلا بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم
فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم

كل

او مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فانه كان له لا ولا لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند
ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم
يذكر الخلاف في الاصل اي في وكالة المبسوط في اخر باب الوكالة بالبيع والشرا منه فقال فيه
يلزم الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمامور لابي يوسف ان الموكل امر الوكيل بصرف
الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما جاء منه مخالفة
للواقع وليس على الوكيل من ذلك شي لاسيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبد بالف فباعه
بالفين ولابي حنيفة انه امره بشرا عشرة ارطال ولم يامره بشرا الزيادة وظن ان ذلك المقدار
يساوي درهما وقد خالفه فيما امره به فينفذ شراوها عليه وشرا العشرة على الموكل لانه اتى
بالمامور به وفيه بحث من وجهين الاول انه لا يلزم الامر شي من ذلك لان العشرة تثبت
ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشرا عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة كما اذا
قال الرجل طلق امراتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت
لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له والثاني انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا
بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة لا يجوز
البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم الامر منهما شي والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة واجيب
عن الاول عن الامام حميد الدين بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن
ما يتضمنه وما يتضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن فيه وكلما تصدى
لان اجزا الثمن تتوزع على اجزا المبيع فلا يتحقق الضمن في الشرا وعن الثاني صاحب النهاية بجعل
اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه
وحينئذ كان للموكل ان يجعل للموكل عشرة منها بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان
وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيبقى حقه
مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لا ندري ايهما اعطيه بحصته من العشرة
لان القيمة لا تعرف بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار
صاحب المحيط واما عند غيره فلا بد من تعليل اخر ولعل ذلك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم
لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد
اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل لاحتمال التساوي كثرة مادة وصورة
وطولا وعرضا ورقعة واقعة واحلة لكونه حاصلا بصنع العباد محل الشهوة والنسيان فلا
يلزم تحمله من تحمل ما هو اقل خللا قوله بخلاف ما استشهد به جواب عن مسئلة ابي يوسف
المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين فان الزيادة هناك بدل ملك الموكل
فيكون له ورد بان الدراهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما جنيته
والجواب ان الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل ان ذلك
قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وافترق لكان الالف الزايد لا يفسد بطول
المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى باجرة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وان كان
الثاني كان المشترى للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر بها ولا السمين والمشترى
مهزول فلا يحصل مقصود الامر قال رحمه الله ولو وكله بشرا شي بعينه ولو وكله بشرا
شي بعينه لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يودي الى تغرير الموكل لانه اعتمد عليه

الاولى

اي

وذلك

وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل
لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كساير العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غايب وقع
عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فاذا سمي الثمن فاشترى بخلاف جنسه او لم يسم فاشترى
بغير النقود او وكل وكيلا بشرايه فاشترى وهو غايب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل لانه
خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمي فظاهر وكذا اذا اشترى بغير النقود
لان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مامور بان يحضر رايه ولم يتحقق
ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امراة بعينها اذا نكحها من
نفسه بمثل المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المهر المامور به واجيب
بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف الى الموكل لانه حيث انكحها
من نفسه فان النكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل فالمخالفة
كانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل ان اشترى
بالمسمى من الثمن او بالنقود فيما اذا لم يسم او اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل
لانه اذا حضر رايه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشرا والنكاح والخلع والكتابة
اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه جاز وبين التوكيل
بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية في
الذخيرة والقنية واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرا
الى الوكيل وتفويض الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج اليه الى الراي ولا حاجة فيهما اذا انفرض
عن مالك الى الراي فجعلناهما مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة
المرسل فكان المامور به مامورا بنقل عبارة الامر لا بشي اخر وتوكيل الاخر والاجازة ليس من النقل
في شي فلم يملكهما الوكيل واما في البيع والشرا وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها يحتاج فيها
الى الراي فاعتبر المامور وكيلا والمامور بحضور رايه وقد حضر بحضوره او باجازته قال
رحمه الله وان وكله بشرا عبد بغير عينه اذا وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل
الا ان يقول نويت الشرا للموكل ويشتريه بمال الموكل قوله وهذا يحتمل يجوز ان يكون
مراده النقد من مال الموكل وان يكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك
لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان يضيف العقد الى مال الموكل والى مال نفسه او
الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان للامر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشرا لنفسه
باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الامر وان كان
الثاني كان للمامور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة مجريا بفعلها بوقوع الشرا لصاحب الدراهم
ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني
يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ونصف الثمن لغيره شرعا فكذا لا يحل
له ان يشتري لغيره ويضيف الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاولى لانه بالا
يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للامر فهو له
او لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشي بغير عينه
وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن نقد من ماله
الثمن كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك للامر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا

المهر

ي

ول

على انه لم يحضره اليه قال محمد هو العاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله
لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والفرض عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد لان
لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين نقد
تعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما يحتمل ان كان نوى الامر ونسيه **قوله** وفيما قلنا
يعني يحكم النقد حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشرا له كان غاصبا
كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى
بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشرا له وان نقد من دراهم
الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم يحضره النية
وقت الشرا انه يقع للوكيل او يحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق
لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري او يشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال
المصنف وهو المراد عندي على الكلام في الاضافة الى مال الموكل الذي نقدكانت ينبغي ان
لا يفيد شيا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشرا
تلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجي من انها تتعين في الوكالة
الا ترى انه لو هلك قبل الشرا به بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشرا بغيرها من موجبات
الوكالة **قوله** والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه انما خصه بالذكر مع استفادة حكمه
من التوكيل بالشرا نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسالة الشرا اذا تصادقا انه لم
يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسالة
التوكيل بالاسلام وهذا القايل فرق بين مسالة الشرا والسلم على قول ابي يوسف
بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد
يستبان بالنقد وليس الشرا كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل **قال**
رحمه الله ومن امر رجلا بشرا عبد بالف ومن وكل رجلا بشرا عبد بالف فقال قد فعلت
وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل بشرا عبد معين او غيره والاول سيجي والثاني اما ان
يكون ميتا عند الاختلاف او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غير
فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للامر لان المامور اخبر عما لا يملك استينافه
سببه وهو الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد وهو لا
يقدر على استينافه معناه استينافه سببه فهو مجاز بالحذف **وقوله** وهو راجع
الى ما فيهما وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة
فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين
وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيناف الشرا لكون المحل
قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشرا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب
بان يملك استيناف الشرا اذا رمع التصور ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بايعه ثم
يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى
الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه
فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة ولا ثمن في يده ههنا يعني فيما نحن
فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة وان كان

التوكيل بشرا عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سوا كان الثمن منقودا او لا بالاجماع
اما عندهما فلانه يملك استينافه واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشرا
شي بعينه لا يملك شراه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته وهو لا يملكه حال غيبته
بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشترى له بخلاف ما اذا كان العبد هالكا
والثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان
غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد به الرجوع على
الامر وهو منكر فالقول قوله **قال** رحمه الله ومن قال لاخر بعني هذا العبد
لفلان رجل قال لاخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه
منه فلان ابى ان يكون امره بذلك فان لفلان ولاية ذكره ولا اخذه لان قوله
السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشي لا يبطل بالانكار اللاحق
فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون
للشفاعة كالاجنبي يطلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك
قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في الشفعة
وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه وان قال فلان لم امره اي ثم بدا له ان ياخذ لم يكن
له ان ياخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له اي الا ان يسلم المشتري العبد
المشترى لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فلانا العبد المشترى لاجله وفاعل
يسلم ضمير يعود الى المشتري بنا على الروايتين بكسر الرا وفتحها فيكون بيعا وعليه العهدة اي
على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص
ثم سلمه المشترى لاجله ودل تسليم المسلم على التسليم على وجه البيع لان التعاطي وان لم يوجد نقد
الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع **قال** رحمه الله
ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما
ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرايهما متفرقين او مجتمعين
فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشرا الا فيما يتغابن استثنا من قوله جاز اي جاز شرا احدهما الا
فيما يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشرا وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل
بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سوى فعند
ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل
الالف بهما وقيمتهما سوا وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لو قوع الامر بذلك دلالة
فكان امرا بشرا كل واحد بخمسمائة ثم الشرا بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة
مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان
يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة وان قلت
الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان
ان شرا الاول قايم فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف والا
بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جا الصريح بطل الاستدلال به بطلان الدلالة وقال
ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من
الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف

وهو مما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشترى به الباقي ليحصل غرض الآمر قال
رحمه الله ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح على الآمر وان مات قبل قبضه
او مات قبله عند المامور لان في تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين البايع جاز كما سنذكره فكذا
اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الآمر فهو
له كذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الآمر مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة وقالا هو لا
زم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف
ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد عليه عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصه
بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير
لا يتعينان في المعاوضات دينا كانا او عينا الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لم يبطل
العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سوا فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل
كيده فصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا ترى
انه لو قيد الوكالة بالعين منهما او بالدين منهما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطل ونقل الساطعي عن
الاصل ان الوكيل بالشرا اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير
غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسلم اليه يدل على ان
النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لان المذكورة في الكتاب لا يفصل بين ما قبل القبض وما بعده
والاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا على قول بعض
المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه
لا يذكر في الذخيرة وقال قال محمد في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدراهم
جارية واراه الدنانير ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم
والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان التوكيلات وسيلة الى الشرا فتعتبر
بنفس الشرا والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشرا قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشرى واما
بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها
لا تتعين ثم قال وحاصله ان النقد والتسليم على قول العامة يوقت بقا الوكالة به بقا الدراهم
المنقودة وهذا قول منهم بالتعيين لان المراد به هو التوقف ببقايها وقطع الرجوع على
الموكل فيما وجب على الوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لانه اثبت قول ابي
حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة بمائتي سنة والجواب ان المصنف لم يتعرض
بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من
التقييد بعدم التسليم ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص
به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوي قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكر في شرح
الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشرا بطلت الوكالة وانما
قيد المصنف بذلك ليلا يتوهم [illegible] الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه
يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في
بطلان الوكالة قوله واذا تعينت هو تتمة الدليل تقريره انها تتعين في الوكالة واذا تعينت
كان هو تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم
القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى

زيد

زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امرا بصرف اي يدفع ما لا
يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البايع او
الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض فالامر بدفع ما ليس ملكه باطل وصار
كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من
يختاره المديون بنفسه قوله بخلاف البايع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البايع او المسلم
اليه فان التوكيل صحيح لازم للامر لانه يصير البايع اولا وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس تمليك
من غير من عليه ولا امرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان
يجوز بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو
ادا الثمن على الغير قوله وبخلاف جواب عن قياسهما على الامر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب
وقد بيناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر قوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى دليل البحث يعني لما
ثبت بالدليل ان التوكيل بشرا عبد غير معين لم يتعلم بانه غير صحيح نفذ الشرا على المامور فاذا
هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي وان هلك عنده
كان من ماله قال رحمه الله ومن دفع الى آخر الفا رجل دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري
بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور
ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي
عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول
للامر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي
الفا فيضمن وان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة
فللمخالفة الى شر وان كانت قيمتها الفا فمعنى قوله فالقول للامر يتحالفان ويندفع به ما قيل
في شرح الجامع الصغير الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم الامر سواء قال المامور اشتريتها
بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للامر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير
وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما في هذا اي في هذا الفصل ينزلان منزلة البايع والمشتري للمبادلة
الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وقد وقع
ويلزم الجارية المامور وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والا
واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة
المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال رحمه الله ولو امره
ان يشتري له هذا العبد واذا امر بشرا عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن
وصدق البايع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه فلا تحالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندواني لان
تصديق البايع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشا العقد ولو انشاه لزم الامر فكذا ههنا بخلاف
المسئلة الاولى فان البايع ثمة غايب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا
فان قيل المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد
ذكر يعني محمد معظم يمين التحالف وهو يمين البايع لا لان البايع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا
في صورة التحالف واما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص
بالتحالف كانت اعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى قوله والبايع بعد استيفا
الثمن جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البايع بان البايع بعد استيفا الثمن اجنبي عنهما وقبله

اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف وهذا قول
الامام ابي منصور وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح **فصل** في التوكيل بشرا نفس
العبد لما كان شرا العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسايل فصل التوكيد بالشرا لكنه شرا
صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشرا نفس العبد من مولاه على وجهين وهو ان يوكل
العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسلة الاولى وان يوكل العبد رجل للشترى نفسه من مولاه له
فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف يتنا ولهما بجعل الالف واللام بدلا من
المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل والمفعول وذكر احدهما يرد له مثال ان يقول في
توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل **قال** رحمه الله واذا قال لرجل اذ او كل العبد رجلا
بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها فلا يخلو اما ان يقول الرجل للمولى
اشتريته لنفسه او لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولا للمولى اما انه
حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من
المعتق وقد وجد ذلك لان شرا العبد نفسه قبول منه للعتق بيدله والمامور سفير حيث
اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما
ان الولا للمولى فلانه اذا كان اعتاقا اثبت الولا للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان
اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما امكن وقد امكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على
الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشرا شي بعينه فليس للوكيل ان يشتريه
لنفسه فالجواب سياتي بخلاف شرا العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز
واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمنا
للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاول لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر فيما
اذا وقع الشرا للمشتري واما اذا وقع الشرا للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال
الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد
الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت
وفي كلام المصنف ما يشير اليه فانه جعل شرا نفسه قبول الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف
اخرى كان اعتاقا بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشرا العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي
اجنبيا بشرا العبد من مولاه حيث لا يشترط الوكيل ان يقول وقت الشرا اشتريته لموكلي بوقوع
الشرا للموكل لان العقد من يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين
اي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان
اما ها هنا فان احدهما اعتاق يعقب الولا ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه
لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولا وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به
والاخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من
البيان وسيه المصنف عسى بكاد فاستعمل استعماله و **قوله** ولا مطالبة على الوكيل هو رواية
كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق لان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب
وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة
الجامع ووجهه ان توكله بشرا العبد كتوكله بشرا به لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم
البدل فكذا ها هنا ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فلانه لا

يستغني

يستغني عن اضافة العقد الى الامر وليس اليه من قبض المعقود عليه شي من المطالبة بتسليم البدل **قال**
رحمه الله ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسلة الثانية ومن وكل عبدا بشرا
نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله
بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد والعبد للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره
في شرا نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها للمولى حتى لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كما
والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرا بها كتوكيله بغيره من اموال المولى وكتوكيل
اجنبي بشرا نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان
يحبسه بعد البيع لاستيفا الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن
للبايع حبسها لاستيفا الثمن لكونه مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا
يصير بتسليما مسقطا حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل لانه ليس بقبض للموكل حيث يثبت للوكيل حق الحبس عندنا
لعدم الاحتراز اجيب بان كونه مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل
امر اعتباري يجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض
الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا
يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز تركه لا اعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك
عن نفسه فاذا لم يخرج نفسه عن ملك البايع وماليته لا تنفك تسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم **قوله**
فاذا اضافه الى الامر يتصل الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرا نفسه لانه مال ووكيل من صلح
وكيلا عن غيره في شرا مال اذا اضاف العقد الى الامر صح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الامر صح فعله
امتثالا فيقع العقد له قياسا على حر توكل بشي ففعله وقوله ففعل هو للامر يشير الى ان العقد
يتم بقول المولى بعت وهو مخالف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل انما يفيده الملك اذا وجد
الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى
يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما ياتي فانه
اعتاق على مال فقدر الواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني
نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه
العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال
بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي صحة المباشرة وهو اذن وان اضاف الى
نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق وقد تقدم وقد رضي به المولى دون
المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشرا شي بعينه فكيف جاز له ان يشتري بنفسه اجاب
بقوله لكنه اتى بجنس تصرف اخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان اطلق
فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا
بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عما باشره وعورض بان اللفظ حقيقة
للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب
بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العقد الى النفس
فان حقيقته بالنسبة اليه غير مقصودة ورضي المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون
المعاوضة لا يقال على هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول
الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة

الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ والله اعلم لما فرغ من بيان
الشرا باحكامه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشرا فهو وجه تاخير البيع **قال** رحمه الله
الوكيل بالبيع والشرا لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او بالشرا او بهما لا يجوز له
ان يعقد مع من لا يقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيه عند ابي حنيفة بمثل
القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على
ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة انه لا
يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال
قبل الدليل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشرا مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من
القيمة في البيع وباقل منها في الشرا فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز لذلك وبغبن يسير
كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جائز عندهما وبمثل القيمة
عندهما جائز باتفاق الروايات عند ابي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور
في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما
قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون اخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان
المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان تكون من حيث
ايثار العين او المالية وليس شي منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن
وطي جاريته نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له
وطيها ولا يحل له وطي جارية ابيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك توجب انقطاع المنافع
واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة منفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول
بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان
ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا حق
مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما في البيع وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابلية
بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولي حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته ولا تزوج عبده
وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق
لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة
ههنا بدليل عدم قبول الشهادة لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان
فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابي حنيفة في تجويز بيع المضارب من هولا بمثل القيمة
ظهر الربح او لم يظهر مع انه له قبل ظهوره حكم الوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل
فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز
تصرفه معها ولا نظر الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما
بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عري عنها غيره فكان مما
توهم جوازهما مع هولا فقيل ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل **قال** رحمه الله
والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل
وكثير وعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر
يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع
بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرا الفحم بايام البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد

من الما

غير جائز هو

من الما لشدة البرد تسميه للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل
من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش
بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه
وكذا المقايضة بيع من وجه وشرا من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع
ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شرا فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق
ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق
المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع **قوله** والبيع
بالغبن يرد في الجواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالغبن اي العرض
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او بغيرها وعند التبرم من العين وعند
ذلك لا يبالي بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه
يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه او يظهر مكابرته والمسايل المذكورة مروية
عن ابي يوسف على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة فهي على اطلاقها والبيع بالغبن او العين بيع
من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين
جعل في الوكالة كذلك ولعل معترضا يقول انه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه
في البيع في ذلك النوع الا ترى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشرا اللحم لو اشترى
الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الامر واجيب بان التوكيل بشرا اللحم انما يقع على لحم يباع
في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف قد اختلف
فيهما فاختلف الجواب كذلك واما البيع بالعين فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة
فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب
والوصي اجاب بقوله غير ان الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع
وهما ليسا مامورين سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم
ان المقايضة بيع من وجه وشرا من وجه بل هي بيع من كل وجه وشرا من كل وجه لوجود حد كل واحد
منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع بكل ما
حد فعليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشرا من كل وجه ويكون ان يقال البيع في الحقيقة
عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشرا عبارة عن تحصيل عن ملك غيره
متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشرا يطلقان على عقد
شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز
البايع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشرا فيسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشرا
من كل وجه فيما اذا رجح ابو حنيفة جانب البيع وما قيل اذا كان شرا من كل وجه كان الوكيل به
وكيلا بالشرا وهو لا يملك الشرا بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة الا اذا
كان مقابله من العرض مثله في القيمة او باقل منه بيسير كما روي الحسن عن ابي حنيفة وذلك
لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويرجح جانبه ويجوز له ان يبيع بما عز وهان ولا يلزم من
الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالصرف كذا وكيله فعليك
بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة محلا المنصف لتلقيه ان شا الله تعالى
قال رحمه الله والوكيل بالشرا يجوز عقده الوكيل بالشرا يجوز له ان يشتري مثل القيمة

والغبن اليسير ولا الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه
او قد وجد خاسر الحقه بغيره على امر حتى لو كان وكيلا بشرا شي بعينه قالوا ينفذ على الامر لانتفا
التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يتحمل
فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج
موكله امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه
هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشرا لانه مطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين
الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون
مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد
والدواب واما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فاذا الوكيل بالشرا لا ينفذ على الموكل وان قلت
الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم
ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش وبساعده
سوق الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده فاذا كان الغبن
هذا المبلغ كان يسيرا لزم الامر واذا زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن
يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه
في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة
فجعل اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه
والنصف من النصفة وكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فما كان اقل وقوعا منه
اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاول اعتبر ضعف ضعفه والله اعلم قال رحمه الله واذا وكله
ببيع عبده فباع نصفه واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد
الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه واستوضح بقوله الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا
جاز بيع النصف اولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه
من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا
يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة
فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فان وكله بشرا عبد فاشترى نصفه فالشرا موقوف بالاتفاق لما ذكر
من الدليل انفا في التوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة ان التهمة في الشرا متحققة على ما مر من قوله فلعله
اشتراه لنفسه الى اخره وفرق اخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك
بيع العبد كله او نصفه واما الامر بالشرا فانه صادف ملك الغير فلم يصح ولا يعتبر فيه التقييد
والاطلاق فان اطلاق الامر وتقييده فيعتبر فيه العرف والعرف فيه ان يشتري العبد جملة ان
ولقايل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشرا لان التوكيل بالشرا امر بالشرا وقد
وقد قال الامر بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث
حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشرا الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن
الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدليل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه
كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى قال رحمه الله ومن امر
رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري
على البايع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضا او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث

مثله

مثله او لم يكن فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى
حجة من بينة او نكول او اقرار لان القاضي يعلم بحدوث العيب في يد البايع وعاين البيع وسكم والعيب
ظاهر فلا يحتاج الى الرد اليها وان لم يكن فلا بد منها الا للقضا بل لانه اذا لم يعاين البيع فقد سمعه
بالعقد الها لطهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا كالعور في العرج والمرض الدق فيحتاج الى النسا او الا
في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النسا والطبيب فيحتاج الى الحجة في هاتين الصورتين
الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضا فسخ لعموم ولاية القاضي
والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان لعيب يحدث مثله فان رد ببينة او باباء يمين
فذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه
باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الامر وان رد باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير
مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له ان يخاصم
الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله لان الرد بالقضا فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي
الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه ثابتة
الحاجة الى القضا مع الاقرار فيسقط ما قاله في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضا
القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون لعيب يحدث مثله او لا فان كان الاول
وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم امره وعبر عنه بالبايع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل
وتغير عليه بامر قد حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد
برضاه من غير قضا والبايع اي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة
في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه
لانهما لو رفعا الامر اليه في لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك
ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الامر وليس للمامور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد
في حق ثالث وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفايت ثم ينتقل الى الرد ثم الى
الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم مساسها الذي عدم القضا قال رحمه
الله ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي بنقد فاختلف الامر والمامور في اطلاق التصرف وتقييده فقال
الامر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيا فالقول
قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا
اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا
يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشي لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك
بما لي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف
المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت
الي المال مضاربة ولم تقل شيا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في
العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة
وكانت دلالة الاطلاق ثابتة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث
يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للامر كما مر
انفا ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارف عند التجار في تلك السلعة او غير
متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين

طبا

عيب صح

تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوي المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوي لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرا وقيل بل هي على حقيقتها والتوي فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا لا يبرا وقيل هي على حقيقتها والتوي فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوي فيها هو ان ياخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يري براة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق فيه والارتهان وثيقة لجانب الاستيفا ولو استوفي الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض دون الكفالة والله اعلم بالصواب ـــــــــــــــ

فصل

وجه تاخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا واذا وكل وكيلين بان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر سواء كانا ممن تلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك فاذا قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للاخر ان يتصرف **قوله** والبدل وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الراي بعد فيجوز ان يتصرف احدهما ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رايهما احتمل ان يزداد الثمن ويختار المشتري وهو احسن اداء الثمن **وقوله** الا ان توكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الراي الا في الخصومة فان توكلهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها لا يفضي الا الى الشغب في مجلس القضا **قوله** والراي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة تحتاج فيها الى الراي والموكل رضي برايهما ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرايين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك **قوله** او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امراته بغير عوض فطلق احدهما والى الاخر ان يطلق فهو جايز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعة او بقضاء دين عليه لان هذه الاشيا لا يحتاج فيها الى الراي بل هو تعبير محض وعبارة المثني والواحد فيه سوا ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن والموكل فيه فايدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مامور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مامور بقبض شي منه **قوله** وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شيتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مما لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الاخر قيل ينبغي ان لا يقدر احدهما على نصف تطليقه واجيب بان فيه ابطال حق الاخر فانه قبل الابطال الضمني فلا يعتبر واجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع **قوله** ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شيتما فان الطلاق فيه متعلق بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق

بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله طلقاها ايضا بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شيتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا الى رايهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الراي بخلاف الراي بخلاف الامر باليد **قال** رحمه الله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه مفوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الارا وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الارا مدرك بحس لو لا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رايا من الاول وايضا الرضى براي الوكيل ورد توكيله بما قصر لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رايا او قوته في راي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برايه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان المعتبر للقوة في الراي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالراي والتصرف في الامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن انه لانهمة من يوثقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينيذ مناقض لظنه فلا يجوز **قوله** الا ان ياذن استثنا من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه اذا اذن له الموكل او يقول له اعمل برايك فقد رضي براي غيره او اطلق التفويض الى رايه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القضا حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضا الا ان يفوض اليه ذلك الى اخر ما ذكرناه فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الراي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيره فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيره قال محمد قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الاول وهو كذا ذكره في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع اخر منها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غايب فاجاز الوكيل جاز وحكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقد يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود الراي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر او غايب فلجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غايب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الراي وقد حضر كما ذكرنا وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي البيع ليس لوكيل الوكيل لانه مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره

كل

ضي

كيل

حضوره

وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله
ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته
رضى لجواز ان يكون غلطا منهم منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه هذا ما
سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وتكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة
الاول حتى جاز فالعهدة على من يكون لم يذكر محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك
فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني
لان السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات
الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة
الاول لم يجز لفوات رايه الا ان يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لحضور
رايه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الراي يحتاج اليه لتقدير
الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى
رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين
لذكايته وهدايته وانما قال الظاهر احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز
بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما
في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي
في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم
الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في
الوكالات ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح
لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بما يباشره الاخر عنه
في مجرد العبارة **قال** رحمه الله واذا زوج العبد او المكاتب او الذمي ابنته اذا زوج
المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف
في مالها بالبيع والشرا لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون
معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب
الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المملوك لا يملك انكاح نفسه فكيف
يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي لا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر
فلا ولاية له على المسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا
تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى القدرة والشفقة ليتحقق معنى النظر والرق
يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد والمرتد
اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستامنا لان الذمي صار
منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت
ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على
ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية وذلك اي الولاية النظرية
باعتبار المذكورة وباعتبار ذلك مشترك باتفاق الملة واتفاق الملة مترددة لكونها معدومة
في الحال لكنها مرجو الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع
فيبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت ولما كان ابو يوسف ومحمد تركا اصلهما

في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال ابو يوسف ومحمد وان كانت المسالة بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشرا لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن
هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بالمطالبة بالمبيع او الثمن ولانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير
عما ليس بمهجور **قال** رحمه الله الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل
بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا لزفر هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لان
الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي ولنا ان الوكيل بالشي اذا امر وكيلا يجب عليه القيام
بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات
بعارض من موت القاضي وغيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا
بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلا ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ودلالة اما نصا فظاهر
واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى
الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به
فهو واجب ونظير هذا التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض في اصل الرواية لانه في معناه
وضعا يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا
ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه
نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة فالجواب ان ذلك
وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور
الخيانة في الوكلا قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا
معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان الجمع
عليها غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس القضا وهو مذهب لمهابته **قال** رحمه
الله والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند
ابي حنيفة فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفا الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا
لا يكون خصما ولا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه وكيل بالقبض والقبض
والخصومة ليسا بنحو فلا يكون بها ولان الوكيل بالقبض موتمن على المال وليس كل من يوتمن على المال
يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضى بها رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون
تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن
الشرع جعل قبضه استيفا لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضا ديون لا يجوز الاستبدال
بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل
يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك
اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها كالموكل فكان كالوكيل بالاخذ اذا قامت عليه البينة بتسليم
الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب
له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشرا فانه خصم يطلب
بحقوق العقد وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك
البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة
عليه بان الموكل رضي بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل

قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة
منها بالوكيل بالشرا لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل
بالشرا فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشرا **قوله** وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما يتم به دليل
ابي حنيفة وهو قوله لوكيل بالتملك اصيل في الحقوق **قال** رحمه الله والوكيل بقبض العين
لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض الدين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين
محض حيث لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل ان
يقبض عبدا له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت
الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لا على الخصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر
الامر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل
بنقل المراة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجاري به قبضهما فاقامت المراة البينة
على ان زوجها طلقها والعبد والامة على العتاق او من هما بيده على الارتهان من الموكل فانها
لا تقبل قياسا لقيامها لا على الخصم وفي الاستحسان يقبل في قصر يد الوكيل دون القضا بالطلاق
والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل
ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على موكله ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة
قصر يده القضا بالعتق على الغايب فقبلناها في القصر دون غيره **قال** رحمه الله واذا
اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سوا كان موكله المدعي
فاقر باستيفا الحق او المدعي عليه فاقر بثبوته عليه فانه كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند
ابي حنيفة ومحمد الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى
بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو
يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لا يجوز
في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف واما شمول العدم كما هو
مذهبهم والفصل بين مجلس القضا وغيره استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة
مامور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشي لا يتناول
ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة للصلح والابرا ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار
بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة
لما صح استثناوه كما اذا لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم
المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثنا **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا
يتقيد بجواب هو خصومة **قال** في النهاية هي مسئلة مبتداة خلافية لو نورد ها على
وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات
البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه
الموكل قطعا لان التوكيل في غير المملوك بصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان لم تنتج
ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه وذلك اي ما يملكه الموكل هو
مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا
وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا على ما سياتي تحريا
للصحة قطعا **قوله** ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهدهم ووجهه لا نسلم صحة

الاستثنا بل لا يصح في قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثنا لان ملكه يستلزم نفي الانكار عينا
وقد لا يحل له ذلك تامر انفا ولين سلمنا صحته كما قال محمد لكنه انما صح لتنصيصه على
الاستثنا والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له
الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثنا الانكار دل على انه يعلم من ان
خصمه مبطل حملا لامر المسلم فيه على الصلاح فيتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم
وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب
لكونه مجبورا عليه قال في النهاية يعني على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى
عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار وكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه
اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثنا الاقرار فايدته ولقايل
ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين
لكونه محقا فيكون الاستثنا مفيدا والجواب الا ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه
اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناوه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير
في كل حال فكان استثناوه مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابرا واجيب
بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابرا
فلم يوجد مجرد المجاز وفيه نظر فان افضاها الى الصلح والابرا ان لم يكن اشد من افضاها الى الاقرار
فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة والاولى ان يقال
التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد
اخر يحتاج الى عبارة اخرى خلافا لما وضع للجواب وكذلك الابرا فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق
الجواب لا حقيقة ولا مجازا **قوله** فبعد ذلك شروع في بيان ما اخذ الاختلاف الواقع بين العلما
الثلاثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة
على موكله يقول ابو يوسف في التسوية بين مجلس القاضي وغيره الوكيل قايم مقام الموكل واقرار الموكل
لا يختص بمجلس القاضي وكذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة تناول جوابا يسمى
خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام
يتناول العمومة الحقيقية وهي الخصومة والمجاز وهي الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا
في مجلس القضا فاما ان كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار
خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضا فلا اقرار خصومة مجازا في غيره
فلا يتناوله الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزه
التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا ولان الخصومة سبب الاقرار
فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف واما اختصاصه
بمجلس القضا فلان الظاهر اتيانه بالمستحق والمستحق هو الجواب في مجلس القضا فيختص به ولو
قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق والمستحق هو الجواب في مجلس القضا فيختص به ولو قال
لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى بادا به المقصود **قوله** ولكن استدراك
من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب
كان الجواب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه انه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي
خرج عن الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس

عدم صحة توكيل الكفيل

القاضي فإنهما إذا ادعيا شيئا للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصي ثم جاء يدعي المال فإن
أقر بهما لا يصح ولا يدفع إليهما لأنهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب إقرارهما
بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا **قال** رحمه الله ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال
بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبدا إلا بعد براءة الكفيل ولا قبلها إلا بعد البراءة فلا لما
لم تصح حال التوكيل لما يذكر لم ينقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغته فإنها لا تجوز
لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا ينقلب صحيحة وأما قبل البراءة فلأن الوكيل من يعمل لغيره وهو
ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في إبراء ذمته كالمحال إذا وكل المحيل بقبض
الدين من المحال عليه فإنه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل المديون بإبراء نفسه
عما عليه من الدين فإنه صحيح وإن كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير وأجيب
بالمنع مستندا إلى ما ذكره شيخ الإسلام أن المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بإبراء نفسه على
خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه لكن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض
واعترض عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل أصلا في إثبات الوكالة والضمنيات قد لا يعتبر
وأجيب بأنا لا نسلم ذلك بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فإن قيل فلتنسخها الوكالة
بطريان ما عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فإنها تنسخها قال المحبوبي في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين
إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى
من المنسوخ أو مثله والوكالة دون الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة
فلا يجوز أن يكون الوكالة ناسخة للكفالة وإنما جاز عكسه **قوله** ولأن قبول قوله دليل آخر
وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أمينا ولو صحت الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو
قبول قوله لكونه مبريا نفسه وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض
وجوده وما كان كذلك فهو محال ومن نظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون
أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد
كان التوكيل باطلا لما بينا أن الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا للقيمة كان في مقدارها
عاملا لنفسه لأنه مبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا **قال** رحمه الله ومن ادعى أنه وكيل
الغائب في قبض دينه ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم
الدين إليه لأنه أقر على نفسه لأن ما يقضيه الغريم خالص حقه لأن الديون تقضى بأمثالها فإذا أقر
المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه إقرارا على نفسه ومن أقر على نفسه
بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له فإن حضر الغائب فإن صدقه فيها وإلا دفع الغريم إليه ثانيا لأنه إذا أنكره
الوكالة لم يثبت الاستيفاء لأن القول في ذلك قوله لأن الدين كان ثابتا والمديون يدعي أمرا عارضا
وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل والوكيل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه وإذا لم يثبت
الاستيفاء فسد الأداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل إن كان باقيا
في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقض وإن ضاع في يده لم يرجع عليه
لأنه بتصديقه اعترف أن الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا يرجع عليه ولأنه بتصديقه
اعترف أنه مظلوم في هذا الأخذ يعني الأخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فإن قيل هذا
الوجه لا يقتضي أنه لا يرجع عليه إذا كانت العين في يده باقية أيضا فالجواب أن العين إذا كانت
باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه إذ لم يحصل غرضه من التسليم وأما إذا هلكت فلم يكن

نقضه فلم يرجع عليه **قوله** إلا أن يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني إذا ضاع في
يده لم يرجع عليه إلا إذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية الشهيد بأن قال له اضمن لي ما
دفعت إليه عن الطالب حتى لو أخذ الطالب مني ماله أرجع عليك بما دفعته إليك وضمن الوكيل
المديون وقال لا ناضا من لك أن آخذ منك الطالب ثانيا أرد عليك ما قبضته منك على رواية
التخفيف فإنه يرجع على الوكيل حينئذ لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه رب الدين في زعم
الوكيل والمديون لأنه غاصب في حقهما فيما يقبضه ثانيا فكأنه قال أنا ضامن لك ما يقبض
منك فلان وهو ضمان صحيح لإضافته إلى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة
الكفالة بما ذاب عليه أي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل
على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه أيضا لأن فرع التكذيب
سيأتي عقيب هذا ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل
لأنه لم يصدقه على الوكالة وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا
دفعه إليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا أي جواز الرجوع في صورة التكذيب أظهر منه
في الصورتين الأوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه
بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب و**قوله** لما قلنا إشارة إلى قوله وإنما دفع
إليه على رجاء الإجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية وفي الوجوه كلها إلى الأربعة المذكورة دفعه
مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق
ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس للغريم أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدي صار
حقا للغائب إما ظاهرا وهو في حالة التصديق أو محتملا وهو في حالة التكذيب وقيل ظاهرا إن كان
الوكيل ظاهر العدالة أو محتملا إن كان فاسقا أو مستور الحال فصار كما إذا دفعه إلى الفضولي
على رجاء الإجازة فإنه لا يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن
ينقضه ما لم يقع اليأس عن حصول غرضه لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد
تقدم ولم يذكر المصنف أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يستحلف أو لا قال الخصاف لا يحلف على قول
أبي حنيفة ويحلف على قولهما لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فإن أنكره يحلف لكنه على العلم
لأنه فعل الغير وله أن الاستحلاف يبتنى على دعوى صحيحة وما لم يثبت ناسه عن الآمر لم يصح
دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما إذا أقر بالوكالة وأنكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف
عنده خلافا لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبتت الوكالة
في حقه بإقراره ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه
لأنه أقر بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها
فكان إقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فإن دفعها إليه فحضر الغائب وأنكر الوكالة
وحلف ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع أو لا فهو على الوجوه المذكورة إن دفعها إليه
مصدقا لا يرجع وإن صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها إليه يرجع إن لم تكن العين
في يده باقية وإن كانت باقية أخذها لأنه ملكها بالضمان وأما الاسترداد قبل حضور
الغائب فغير جائز لما مر ولو ادعى أنه مات أبوه وتركها الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره
وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى أي لأن مال الوديعة لا يبقى مال المودع
بعد موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه يكون الاحتمال في

كيل

اقراره صح

كلمته ما لي في اي مشافهها ومعناه لا يسعني ماله الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين واري انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يسعني مال الوديعة حال كونه مملوكا له منسوبا اليه فليس له معني ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع علي انه فاعل لا يسعني اي لا يسعني لان المودع لا يسعني ماله بعد موته لانتقاله الي الوارث فقد اتفقا علي انه مال الوارث فلا بد من الدفع اليه ولو ادعي انه اشتري الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام حيا كان اقرار المودع اقرارا بملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق في دعوي البيع عليه ولقايل ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بان ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوي ولهذا اصدرهما ههنا فقوله ولو ادعي وهنالك بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلوا عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد لمناسبة **قال** رحمه الله فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل له علي الرجل مال فوكل وكيلا بقبض المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المصنف لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك والاستيفا لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الي تحليف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان حلف مضي الاداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبضه لا يستحلف الوكيل لانه نايب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر احلفه علي العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب علي حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا علي الموكل لا علي الوكيل فيحلف الوكيل بالنيابة ولا تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلف انه لا يعلم استيفا مورثه لان الحق قد ثبت للوارث والدعوي عليه واليمين بالاصالة **قال** رحمه الله وان وكله بعيب في جارية اذا وكل برد جارية بعيب فادعي البايع رضي المشتري بالعيب لم يرد عليه حتي يحلف المشتري بخلاف ما مر في مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكول الموكل واما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضا والقضا بالفسخ ماض علي الاصح عند ابي حنيفة لان القضا في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطا بالنكول وعلي هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد لمضي الفسخ ولا يرد بالنكول ما لم يبق في الاستحلاف فايدة واعترض بان الوكيل اذا ردها علي البايع بالعيب ثم حضر المشتري وادعي الرضي بالعيب ثم استرد الجارية وقال البايع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الي قول البايع ولو كان القضا ماضيا علي الصحة لم يرد الجارية علي المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد واما علي قول ابي حنيفة فلا سبيل للامر علي الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يرجح دليله انما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضي الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه يتضاد فيهما في الاخرة علي وجود الرضي من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضا باطنا كما لو قضي باجتهاده في حادثة ثم نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما عندهما

فقد قالوا

فقد قالوا يجب ان يتحد الجواب علي هذا اي علي هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم ويرد الجارية ولا يؤخر الي تحليف المشتري لانه عدم التاخير الي تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطا وذلك موجود في صورة الجارية لانه قضا القاضي في مثل ذلك ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر الخطا عند نكول المشتري ردت الجارية علي المشتري فلا يؤخر الي التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبايع حتي يستحلف المشتري لو كان حاضرا من دعوي البايع فينتظر للنظر له ان كان غايبا **قال** رحمه الله ومن دفع الي رجل عشرة دراهم ينفقها ومن دفع الي اخر عشرة دراهم ينفقها علي اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذي انفقه من ماله مقابلة العشرة الذي اخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل علي الموكل بما ادي من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشرا عند قوله واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به علي الموكل لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية وهذا اي ما اخرجه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشرا ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الي شرا شي يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الي ان يودي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل تجويز الاستبدال وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتي لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو ان يدفع المديون الي رجل الفا ويوكله بقضا دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضا عنه فانه في القياس متبرع حتي اذا اراد المامور ان يحبس الالف التي دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضا الدين ليس بشرا فلا يكون الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا للزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فاما الانفاق يتضمن الشرا لانه امر بالانفاق وهو امر بشرا الطعام والشرا لا يتعلق بعين الدراهم لا المدفوع اليه بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع علي الامر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا والله اعلم بالصواب

باب عزل الوكيل

وجه تاخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الي بيان واعلم ان التوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف علي حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثني وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه

مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه
قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه **قوله** فصار اي صار التوكيل من
جهة المطلوب اذا كان يطلب من جهة الطالب كالوكالة التي ضمنها عقد الرهن بان وضع
الرهن على يد عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل
العدل على البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل
عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل
وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به اولا ولو كانتا متشابهتين
لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار العزل وعدمه على بطلان الحق
وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم
فكان جائزا واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا لا يمكن
ان يطالب الراهن بالبيع **قوله** رحمه الله وان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فان عزل
الوكيل فلم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به
من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء ان له ولاية ذلك وفي
العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة
والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشرا ويسلم
المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد القول فيضمنه
فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد
او العدالة في المخبر في فصل القضا بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة
قال رحمه الله وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز
للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضى احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى
الطالب ففي الاول يبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب
مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين
وههنا ليس كذلك لان كلا منهما منفرد في فسخها كان للوكيل ان يبيع نفسه عن الوكالة وللموكل
ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم له فانه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه
في كل لحظة فصار كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فيبتني كان كل جزء منه بمنزلة
ابتدا العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض
فلا يبقى الوكالة لمن هو لا كما لم ينعقد منهم ابتدا ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ولم يتقرر
بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل
العارض فتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل ولا يبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن
وفيما اذا جعل امر امراته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق
الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقا الامر وكلام المصنف عن بيان يقسم ساكت
وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر البا هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله
بمنزلة الاغما فلا يبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف وروى ذلك ابو بكر الرازي
عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به
الصلاة الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد آخرا حول كامل لانه يسقط به

جميع

جواز صح

جميع العبادات فقدر به احتياطا قال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان
تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت
وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت واما عندهما فتصرفاته جائزة فلا يبطل وكالته الا ان يموت
او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السير اي كون تصرف المرتد
او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق
بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل فاما التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج
الوكيل به من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل ينشا الوكالة في الحال ثم بردتها
تخرج من ان تكون مالكة للعقد فخروجها من ذلك عزل منها لوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا
بالتجديد **قال** رحمه الله واذا وكل المكاتب ثم عجز واذا وكل المكاتب ثم عجز او العبد المأذون
له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشرا بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل
احد الشريكين ثالثا بشي ثم مما يملكه بنفسه ثم افترقا فكذلك لما ذكرنا ان بقا الوكالة يعتمد
قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف
على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واما اذا وكل المكاتب او المأذون له بقضا الدين والتقاضي
فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفا ما وليه وله ولاية مطالبة استيفا ما وجب
له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتدا بعد الحجر
بعد انعقاد الحجر العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشي هو وليه ثم افترقا
واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك
عليهما لان توكيل احدهما في حال بقا عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا
فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول هذا لا ينفصل بين
ما وليه وبين ما لم يله فما الفرق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان للتو
جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فبفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال الملقا
وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان للتوكيل جهة كونه شريكا
لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع
شي من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون
بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد فحصوله
باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد
اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة
التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت
في ضمنها هذا التقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب فيه
قال رحمه الله واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا لما مر ان من العوارض المبطلة
للوكالة من جانب الموكل يتشرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا
بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مضاف الى المفعول ومعناه
الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم
الابتدا وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما
قال المصنف هذا عند محمد فاما عند ابي يوسف فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما

كيله وضة

لمجدان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شي لموكله فاذا وكله رفع المانع والذي يحدث فيه اهليه وولايه وليس كذلك فانه يتصرف بمعان قايمة به وهي العقل والقصد عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق بتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا يرجع الي تخصيص العلة ومخلصه معروف ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما يملك تنفيذ تصرفه علي موكله بالوكاله وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير ممكن فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل ذلك الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل الولايه واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يتخلف العله عن المعلول واذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وام الولد واشار بقوله لحق بالاموات الي ان فرض المسله فيما اذا قضي القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا نفي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه يحتمل التعلق كما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولاية ان ولاية اصل التصرف ولانه السعد والاولي ان يقال ان له قبل التوكيل وبعده والثابت لم يكن ثابتا قبله وانما حدث بعده ولم يتجدد عليه شي سوي التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضا بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكاله في ظاهر الرواية وعن محمد انها تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله علي قديم ملكه وقد تعلقت الوكاله بقديم ملكه فيعود الوكيل علي وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضا القاضي عاد الوكيل علي وكالته والفرق له علي الظاهر ان مبني الوكاله في حق الموكل علي الملك وقد زال بردته والقضا بلحاقه وفي حق الوكيل علي معني قايم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوي في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسله عقيب عوض العوارض المذكورة للموكل لما تناسب لكن لما ذكر العود ههنا احتاج ذكرها في هذا الموضع قال رحمه الله ومن وكل اخر بشي ثم تصرف بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امراة معينة ثم تزوجها بنفسه حتي لو ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانتفا الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وابانها فان له ان يزوجها الموكل لبقا الحاجة وكذا لو وكل بشرا شي بعينه فاشتراه بنفسه حتي لو باعه ثم اشتراه المامور للامر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امراته فطلقها بنفسه ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او اثنين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا علي الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر علي الوكيل التصرف فبطلت الوكاله متعلق بجميع ما ذكرنا ومبناه انتفا الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضا فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضا قاضي لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضا فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخري بالاجماع لانه كالعقد المبتدا في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتدا وعن محمد له ان يبيعه مرة اخري لان الوكاله باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان لعجزه

الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجه اما الرد بقضا فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب

لما كانت الوكاله بالخصومة لاجل الدعوي ذكر الدعوي عقيب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق علي غيره وفي عرف الفقها ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقا المقدر بتعاطي المعاملات لان لان المدعي لا يكون راجعا الي النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعي وكونه ملزما علي الخصم فان ادعي علي غايب لم يسمع وكذا ان كان المدعي مجهولا لعدم امكان القضا وان ادعي انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لعدم امكان عزله في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب علي الخصم بالنفي او الاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضا دفعا للفساد المظنون ببقايها وفي دلالة الكتاب والسنة علي شرعيتها كثرة قال رحمه الله المدعي من لا يجبر علي الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر علي الخصومة الدعوي لا يتحصل الامر مدع علي مدعي عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما ينبني عليه مسايل الدعوي فان النبي صلي الله عليه وسلم قال البينة علي المدعي واليمين علي من انكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني القدوري من يجبر علي الخصومة اذا تركها والمدعي عليه من يجبر علي الخصومه وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج والمدعي عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة لذي اليد وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعي رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعي عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعي عليه من ادعي ظاهرا او قرار الشي علي هيئته والظاهر كون الاملاك في ايدي الملاك وبراة الذمم فالمدعي هو من يريد الظاهر والمدعي عليه يريد قراره علي ما كان ولعله منقوض بالمودع فانه مدعي عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاستعمال ولهذا قلنا اذا ادعي المديون براة ذمته بدفع الدين الي رب المال وهو ينكر الوكاله فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان فالحد في الاصل المدعي عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلي الله عليه وسلم اليمين علي من انكر وروي اليمين علي المدعي المدعي عليه لكن الشان في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما علي الاخري يكون بالفقه اي باعتبار المعني دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو اقام علي ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعي عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه قال رحمه الله ولا يقبل الدعوي حتي يذكر شيا معلوما في جنسه وقدره قد ذكرنا ان معلومية المدعي به شرط لصحة الدعوي فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما او دينارا

او كثر لان فايدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان المدعى عينا
في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف
لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط بينا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة
ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين
فيها ممكن فاذا احضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا شخص اليه لان الصحابة
فعلوا ذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاء من اولهم الى اخرهم
اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم
معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب فاذا حضر
وجب عليه الجواب بالاقرار والانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى لما قلنا
من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكر وعجز المدعى عن اقامة البينة وسنذكره
اي وجوب اليمين عليه في اخر هذا الباب **قال** رحمه الله وان لم تكن حاضرة لزمه ذكر
قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها الزم المدعي ذكر قيمتها
ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف وان بولغ
فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء يعرف به العين
فذكرها يكون مفيدا و**قوله** وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله
لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة تعذرت واطلاق تركه لا يخفى
قال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة بناء على ان القضاء
بقيمة المستهلك بناء على ان القضاء يملك المستهلك عند ابي حنيفة لان حق المالك قائم في العين
المستهلكة عنده فانه صح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته ولو لم يكن عين المستهلك
ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في
الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من بيان ان المستهلك في الدعوى
والشهادة ليعلم القاضي ماذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكورة ومن المشايخ من
ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة
والانوثة **قال** رحمه الله فاذا ادعى عقارا حدده اذا كان المدعى عقارا فلا بد من
ثلاثة اشياء تحديده وذكر المدعى انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما الاول فللاعلام
باقصى ما يمكن فيه ذلك انما يكون بذكر البلد ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده
حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولا بد
من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كانوا معروفا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى
فانه يستغنى عن ذكرها ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما
عرف هو الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن
هذا يعلم ان ذكر الاسم لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع والى في الكتاب باعتبار الجهة
لانه يختلف به اي بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض
الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا اخر بالغلط وبهذا
الجواب يبطل قياس زفر الترك وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة واما الثاني
فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعى

ويقيد بوقوعه انه في يده لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهدوا بانهم عاينوا انه في يده حتى
لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك او يعلم
القاضي انه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على
ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه
حتى يتصرف المدعي عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض
القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة واما الثالث فلان
المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح لانه يوهم انه لا يقدر فلا بد من طلب
المطالب فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب
حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة
يزول هذه الاحتمالات وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قال المشايخ في المنقول يجب ان يقول
وهو في يده بغير حق لان العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان المدعى
به حقا في الذمة لا ذكر المدعي انه يطالبه به لما قلنا يعني قوله لان المطالبة حقه فلا بد
من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان
قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا
ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك وفي
الجملة لا بد في كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف **قال** رحمه الله واذا صحت الدعوى
اذا صحت الدعوى بشروطها سال القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على
وجهين اما ان يكون امرا بالخروج عما لزمه بالحجة او بصيرا ما هو بعرضيه ان تصير حجة
وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يامره بان يخرج عما اقر
به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولايته الانسان على نفسه فكان
الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان
الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية ان
تصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذا لا بد من السؤال
لينكشف له احد الوجهين فاذا سال فان اعترف به امره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي
البينة لقوله عليه الصلاة والسلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال صلى الله عليه وسلم
ورتب اليمين على عدم البينة فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجيح جانب
الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله
عليه السلام لك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه
بحرف اللام في قوله لك يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه
بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين الغموس يهلكه خصمه
فيكون اتوا بمقابلة اتواه وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه
ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا ثم انما رتبت اليمين على البينة لا على العكس لان نفس
الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالاخر وذلك لا
يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه
الالزام عليه بل على وجه التذكير له ولو قدم اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا قامت

البينة مشروعة بعد اليمين فما الحاجة الى اقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة
وفيه نظر ووجه ذلك ان الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك
مشروعة كما ان اقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة والله اعلم بالصواب

باب اليمين

لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف
اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قال** رحمه الله واذا قال المدعي لي بينة حاضرة
اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام لك يمينه فاذا طالبه
به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله
عليه السلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي
عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف
فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي ولا يرد المدعي انه صلى الله عليه وسلم
قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي
عدم التمييز والتسمية تقتضيه **قوله** وجعل جنس الايمان على المنكرين في قوله عليه
السلام واليمين على من انكر وليس وراء الجنس شيء اسند لا للآخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي
وسيأتي **قال** رحمه الله ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا تقبل بينة ذي اليد
في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا عن
المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعى ما يتلقى الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا
الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصورة يقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل
ما الحصر مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لانه قبولها
من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة
للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا
لان اليمين انما تجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي
اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال
الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار كما اذا اقاماها
على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاماها على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد
وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده
اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج
على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا
بمعنى في علم القاضي او اظهارا بمعنى في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان
قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته
لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك او تظهر وما هو اكثر اثباتا
في البينات فهو اولى لو فرضنا شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما
اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد فتفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب
بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضا

اليمين على جمع

بها

بها كما تقدم فعله يكون الملك ثابتا للمدعي عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينة
مثبتة بل مؤكدة للملك الثابت والتاسيس اولى من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل
على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح احدهما
باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد
والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج لا توجب الاولية
الملك وهما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضى له **قوله** ودلالة على الاعتاق اي
اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة ذي الخارج وذي اليد ثم
ترجحت بينة ذي اليد **قوله** وعلى الولاء الثابت بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير
ومعناه ان البينتين في الاعتاق واخويه تدلان على الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما
فاستويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده **قال** رحمه الله واذا نكل المدعى عليه عن
اليمين واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه
وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضي به وان نكل انقطعت
المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل
اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار
اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة او
مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب لانها
واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر كلمة على للوجوب ودفعا
للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان يرفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتو
انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة
والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل
وامرأتان فالقضا بالنكول مخالفة وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من
انكر ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتدا لكون الظاهر ان الانسان لا يكون
نواسته كاذبا وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على جوازه فانه
روي اجماع الصحابة على ذلك وما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه
فقد روي عنه خلاف ذلك وروي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك
اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي فقال له علي قالون وهو بلغة اهل الروم اصبت واذا ثبت
بالاجماع بطل القياس على اللعان عند ناشتها دات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد
القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك
ينتفي بالاستمهال لان القاضي يستكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمناه
في **قوله** ولا ترد اليمين على المدعي **قال** رحمه الله وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي
للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما
ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفا لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه
بما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قولهم لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه لما مر
غير مرة ثم العرض ثلث مرات اولى ليس بشرط لجواز القضا بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضي به بعد
مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار يشترط في شيء منهما والخصاف

رع

ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار كامهال المرتد ثلاثة ايام فانه اولى
وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح و **قوله** هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة
واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول
القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا
فان نكل يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى
المدعي **قال** رحمه الله واذا كانت الدعوى نكاحا اذا ادعى رجل على امراة انه تزوجها وانكرت او
بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى
بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس وادعى على مجهول انه عبده او
ادعى المجهول ذلك واختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه
ولده او والده او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذا لا يتحقق الا من جانب الامة لان
المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت المراة على زوجها
انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل بما يوجب الحد وانكره فانه لا يستحلف
في هذه كلها عند ابي حنيفة وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان لهما ان
النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمنا بعيني قوله اذ لولا ذلك
لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب باجراء
ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء له على ملكه فلو لا
هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوايد الثلث والاقرار يجري في هذه الاشيا فيحكم بالنكول
فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا
يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجابه الاول ما
ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه
في النصف الاول فانكر البايع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه
ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك
المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان
اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان
فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل
ولو كان النكول اقرارا لقضي به والجواب ان النكول اما اقرار او بذل منه فوجه
الاقرار ما تقدم ووجه كونه بذلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة
وذلك بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم ينقطع الا باليمين فاذا نكل
كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة انما وردت على اعتبار كونه
اقرارا لا بدلا على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي ولابي
حنيفة ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى
واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار والحمول المقصود به كون ازالة
باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشيا فانه
اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يؤذيني فدفعت اليه نفسي ان يسترقني او قالت انا
ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي بنيي او قالت انا لست بامراته لكن دفعت اليه نفسي

البذل قطع الخصومة بدفع المال

واجب

واجب له الا مساك لا يبيح وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا اخر اذا استحق
ما ادى بقضا كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى
الدعوى الثاني لو كان بذلا لكان ابتداء تبرع اذ لا ذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب
على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد
الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيهما والجواب
عن الاول ان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو
الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا اخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضا فاذا
استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة
وساير المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم
الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع
لا نسلم عدم صحة البذل من الماذون بما دخل تحت الاذن كاهداء الماكول والاعارة
والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم ان البذل فيهما غير عامل بل هو
عامل اذا كان مفيدا كحوان يقول اقطع يدي ومنها اكله لم ياثم بقطعها وفيما نحن
فيه النكول مفيد كالحوان بقوله اقطع يدي لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الا
عن اليمين لا يقال ابو حنيفة ترك الحديث المشهور قوله صلى الله عليه وسلم
واليمين على من انكر بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه
يقول لما لم يفد اليمين فايدتها وهو القضا بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت
كسقوط الوجوب عن محذور لا يتحقق منه اداء الصلاة لفوات المقصود **قوله**
وفايدة الاستحلاف يعني ان البذل في هذه الاشيا لا يجري ففات فايدة الاستحلاف
لان فايدته القضا بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم
الفايدة و **قوله** الا ان هذا بذل جواب سوال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب
والعبد الماذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه انفا انهما يملكان
ما لا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك و **قوله** وصحته في الدين جواب
عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه
ووجه ذلك ان البذل في الدين لانه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه
ذلك ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القابض او من جهة الدافع
فان كان الاول فلا مانع ثمة لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثاني
فالمراد به ههنا اي في الدين ترك المنع وجاز له ان يترك المنع فان قيل فلا جعلا في
الاشيا السبعة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجري فيها الاباحة
على تلك الاشيا فان امرها البين تحقيق حيث لا يجري فيها الاباحة وجعله ههنا تركا للمنع و
قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة عبر الترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرنا
في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله اولى **قال**
رحمه الله ويستحلف السارق اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق
بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال
القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي الحدود لا يستحلف

فيها فليس لك يمين وان كان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابحث على
دعوى المال قال المصنف فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله يريد به النكول بيان
الضمان ويعمل النكول فيه والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا اشهد عليها رجل وامراتان
يريد بذلك استعمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت
المراة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف
يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق
قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون في كل المهر او نصفه
وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت
الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان
يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البدل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في
النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك
مالا في يد المدعى عليه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة وانه يستحلف
على الكسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا ادعى الحجر في اللقيط
بان كان صبي لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخته حرة تريد قصر يد الملتقط بحق ه
حضانتها وارادت استحلافه فنكل ثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا
ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب
فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة قوله لان الاخوة لمقصود هذه الحقوق
دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف
في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة دون
الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعواهما يصح من الرجل
والمراة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلا
يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال رحمه الله ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس
للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ثم ان
نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة
وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به
المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد
وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا واما اذا كان الامتناع من جانب من
له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامراتين والشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشيء لان الحجة
قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا
المعنى بين النفس وما دونها فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث
يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامراتين كما يجب بالنكول وههنا لا يثبت
بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل ويتعدى الى القطع واذا قصر لم
يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه
وهو ان يكون مشروعا بطريق المنة للتخيير للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة
دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابي حنيفة ان الاطراف

يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البدل الا ترى
انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البدل بخلاف
الانفس حيث لا يجري فيها البدل فانه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية
وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير اثم
اذا قال خذ مالي اجيب بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع
للاكلة وقلع السن للوجع لم ياثم بفعله وما نحن فيه من البدل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع
الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان
القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه
اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق
العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق
الله وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو
الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر بما ذكرنا ان البدل في الاطراف جائز فيثبت
القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في
القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال رحمه الله واذا قال
المدعي لي بينة حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعى عليه مقيما
او مسافرا فان كان مقيما قيل له اعط كفيلا عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمته
اما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل
اقامة الحجة ووجه ذلك ان الخصومة بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه تعدى عليه وحال بينه وبين
اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالاعدام والحيلولة بينه وبين
اشغاله واما التقدير بثلاثة ايام فمروي عن ابي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من
المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد انه اذا كان معروفا والظاهر انه لا يخفي شخصه بذلك
القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعي حقيرا لا يخفي ه
المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة فلئلا يصيب حقه فان قال المدعي لا بينة لي
او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في
الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة بقدر
ان يقدر مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر وكيفية
الملازمة سنذكر في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة فيها ذكر صفتها الان كيفية الشيء هي ما يقع به
المشابهة والامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان
منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه ظاهر قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا
بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله
لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضي به
لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم اعجمي وروي انه صلى الله عليه وسلم راى قوما مروا برجل
وامراة مسخم وجههما فسال عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال

اَنشُدُكَ اي احلفك بالله الذي انزل التورية على موسى انحكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على ان جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وقد مدفوع وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي ساير البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم **قال** رحمه الله ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد هذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولى فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فلذلك وان لم يتضرر ويحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد وعلى السبب عند ابي يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ان يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت ايها القاضي الانسان قد يبيع شيا ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الايمة الحلواني انه يعبر عنه بقوله وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلا عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم اليه ليس بمتصور لانه يتبدل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر بنقض العهد واللحاق وعليها في بالردة واللحاق واذا ادعت المبتوتة النفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل بالحلف على المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت عن الطلب ولبس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو اصل لان الشرا اذا ثبت ثبت الحولة وسقوطه انما يكون لاسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي باين منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح او بيع قايم في الحال لان السبب مما يتكرر فالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند ابي يوسف يحلف على السبب **قال** رحمه الله ومن ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه وهذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق وانت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات بالله ما ابق ما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه

بتصرف السبب صح

لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صورة القبض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البايع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف رجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقين الحلف يرجع الى نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشرا سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع **قال** رحمه الله ومن ادعى على اخر مالا ومن افتدى يمينه او صالح منها على شي مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ما ثور عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعا عليه ذكر في الفوايد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيا وافتدى وذكر ان مقداد بن الاسود رضي الله عنه استقرض من عثمان سبعة الاف درهم ثم قضاه اربعة الاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المومنين ان الامر كما تقول وليا خذ سبعة الاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال لعثمان لعمر انها كانت سبعة الاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عنه ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفا على عثمان وبه يقول ثم يبطل حقه في اليمين في لفظ الفدا والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشرا عقد التمليك المال بالمال واليمين ليست بمال والله اعلم

راعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد لتناسب الوضع الطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بماية وادعى البايع انه باعه بماية وخمسين او اعترف البايع بان المبيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة قضي له بها لان في جانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمثبتها كان اكثر ثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البايع بعتك هذه الجارية بماية دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بماية وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بماية دينار واقام البينة فهي له لا لاتفاق على قوله وهو البايع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البايع فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع والا فسخنا ويقول للبايع اما ان يسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض على

خلاف

وتا قالقياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم
المبيع بما يقدر والبايع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان واما بعد
القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيا لان المبيع سالم له في يده فبقي دعوى
البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفا بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو
قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا ولقايل
ان يقول هذا الحديث يخالف المشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فلذلك لعموم
المشهور او يتعارضان ولا ترجيح ويبدا بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية
ابي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف انه يبدا بيمين البايع لان المشتري اشدهما
انكارا لكونه اول من يطالب بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم
الانكار ولا شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في
الانكار تقدم في الذي يترتب عليه او لان فايدة النكول تتعجل بالبداية به وهو الزام
الثمن ولو بدا بيمين البايع تاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفا الثمن وكان ابو يوسف يقول
اولا يبدا بيمين البايع وذكر في المنتقى ابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه
الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع ووجه الاستدلال انه عليه
الصلاة والسلام خصه بالذكر واقل فايدته التقديم يعني انه عليه السلام جعل
القول قوله وذلك يقتضي الاكتفا بيمينه لكن لا يكتفي بها فلا اقل من البداية بها وان كان
العقد مقايضة او صرفا ابدا القاضي بايهما شا لاستوائهما قال رحمه الله وصفة
اليمين ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما
اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على
النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله
ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد فان حلفا فسخ القاضي
البيع بينهما اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على
انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقي بيعا مجهولا
فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد
ومسبله الفسخ فما لم يفسخ كان قايما قال في المبسوط حل للمشتري وطي الجارية اذا كانت
المبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا او لصحة البدل في
الاعواض واذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته
لعدم المعارض قال رحمه الله واذا اختلفا في الاجل واذا اختلفا في الاجل في اصله او
قدره او في شرط الخيار او في استيفا بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البايع وقال زفر والشافعي
يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عندنا بزيادة الاجل والاختلاف في وصف
الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به
والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما تم
به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار فان العقد يوجد بدونهما فلم يكن في معنى المنصوص
عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابرا عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن

الجودة والردا وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره
في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل
فانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل
بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا واجبين به كانا عارضين
بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض كالحكم في استيفا بعض الثمن لذلك لان بانعدامه
لا يختل ما به قيام العقد لبقا ما يحصل ثمنا ولو اختلفا في استيفا كل الثمن فالحكم كذلك لكنه
لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة ساير الدعاوي واذا اختلفا في مضي
الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاوه قال رحمه الله فان هلك
المبيع ثم اختلفا او ان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده
بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفه وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد
والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلايل الدالة على التحالف لا يفصل بين كون
السلعة قايمة او هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا
وترادا ولا يعارضه ما في الحديث من قوله والسلعة قايمة لانه مذكور على سبيل التنبيه اي
يتحالفا وان كانت السلعة قايمة فان عند ذلك يميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة
في الحال فما كان ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما
العقلي فما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاخر
ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامهما يفيد الترداد
ولا فايدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف
يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البايع عليه بالنكول اذا حلف البايع اندفعت الزيادة
المدعاة فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احدهما العقد بالدراهم
والاخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمه ولابي حنيفة وابي يوسف ان الدليل النقلي والعقلي
يفصل بينهما فالحاق احدهما بالاخر جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما فاسد الوضع اما الاول
فلان قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة
لانه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وذلك قوله صلى الله عليه وسلم
والسلعة قايمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو
كالتاكيد والتاسيس اولى على انه اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط
واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد
الشرع حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة اجاب
بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد
منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها الا ترى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد
بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الالحاق بالدلالة ايضا قوله ولانه لا يبالي
جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قوله
موجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا نضر بما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى
الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو ملك المبيع قد حصل بقبضه وتم
بهلاكه وليس يدعي على البايع شيا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة

وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف
السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف
والمذكور في بعض الكتب قول محمد وقوله وانما يراعي جواب عن قولهما وانه بينة يادة دفع
الثمن ومعناه ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم ليس منها فانه من
موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يراد
به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك البيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا
حال قيام السلعة المواد بات للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص
على خلاف القياس وهذا اى هذا الاختلاف اذا كان الثمر دينا ثابتا في الذمة كالدراهم
والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان
كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم
فيوفر فائدة الفسخ وهو الرواد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن **قال**
رحمه الله وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقيمتهما
وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البايع بعتهما منك بالفي درهم وقال
المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك
حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء
البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ
في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان ياخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثنا
في الروايتين جميعا فالو امعنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وصار الثمن كله
بمقابلة القايم والاستثنا ينصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم
يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الهالك شيا
اخرا يدا على ما اقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثنا الى اليمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ
البايع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير الى اخذ الحي لا يكون بطريق
الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوايد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله
وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما
قيل والصحيح هو الثاني لان البايع لا يترك من ثمن الميت شيا مما اقر به المشتري انما ترك دعوى
الزيادة وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة
الهالك وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سياتي وقال محمد
يتحالفان عليهما ويفسخ العقد عليهما فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا
يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة
بالحزر وذلك يجهل في المقسم عليه فلا يجوز ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر
بقدره والجواب هو الجواب ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام
السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة
لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القايم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن
ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهالة وذلك لا يجوز
ويعطر بما ذكرنا ان احد الدليلين المذكورين لاثبات المدعى بنفي القياس وفيه

اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فانا لا نقصار مثلا اذا اقام ببعض العمل في الثوب ثم اختلفا
في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصته ما بقي يتحالفان بالا
تكان استيفا بعض المنفعة الهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند ابي حنيفة ايضا دون
هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض
تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة يتجدد فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على
حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر الباقي والثاني يعني الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى
الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد كما ذكرناه في تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القايم
وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف الى اخره وانما لم يحلف حنيفة
التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا
وحلفا ثم ادعا احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي
وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البايع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر
كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف فمنهم من قال يتحالفان
على القايم لا غير لان العقد ينفسخ في القايم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف
بالله ما اشتريت القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه البايع حلف وكان صادقا فاذا
وكذا لو حلف البايع بالله ما بعت القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري
صدق فلا يفيد التحالف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البا
فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يفسخان العقد في القايم ويسقط حصته من
الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان
القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده ويعتبر قيمتهما في الانقسام
يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما كانت يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف
الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض
كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة الهالك القايم
يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القايم
يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البايع على العكس فالقول للبايع لان الثمن قد
وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكر
وطولب بوجه تعيين قيمته يوم القبض وللقيمة في يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته
يوم العقد في حق انقسام الثمن ودل على ذلك مسايل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد
وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد
والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد
فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال ظهير الدين هذا اشكال هايل
اوردته على كل يوم محرر فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يجاله في خلدي طول
التحشم ان فيما ذكر من المسايل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما
نحن فيه بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما
في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم
يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك

مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين وا قول لا اصل للهالك فما هلك وكان ما هلك مقصودا بالعقد ان تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب الفسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان يعتبر اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كان الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القايم دون الهالك صار العقد منسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير منسوخ الى نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبالقسمة على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ وايهما اقام البينة يقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما ها فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا لانها تثبت الزيادة في قيمة الهالك ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من نوع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقيه في ان القول ههنا قول البايع والبينة ايضا بينته مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البايع اما ان يكون مدعيا او مدعا عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك ان كلا من اليمين والبينة مبني على امر جاز ان يجتمع مع الاخر باعتبارين فجاز اجتماعهما لذلك فمبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر على فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل او تلجئة او غير ذلك واذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبايع لانه ينكر حقيقة اذ هو اعلم بحال نفسه وان تقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع على المدعي فان توجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والنايب انما هو لان المعتبر في الايمان في الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين **قوله** وهذا اي ما ذكر في الاصل بين معنى ما ذكرنا من قول ابي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في الجامع الصغير **قال** رحمه الله ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البايع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البايع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لا يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة تفسخ في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا يقيس الاجارة اذا اختلف الاجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلف في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البايع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض جرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين للمشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا

تخالف

تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الاخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض **قال** رحمه الله ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فايدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا يحتمله لكونه فيه اسقاط المسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود البيع عيبا الى المشتري بعد عوده الى البايع الا ترى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعني قضا القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا ترتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من راس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان السلم فيه قد سقط بالاقالة فبطل المعقود عليه فقد فات شرط الاقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فما الفرق لمحمد في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم اجيب بان الاقالة قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ **قال** رحمه الله واذا اختلف الزوجان في المهر اذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة اما قبول بينة المراة فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان عجزا عنها تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وليس يصح فسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح وليس في معناه سلمناه لكن فايدة فسخ العقد والنكاح ههنا لا ينفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لا ينفسخ النكاح لما ذكرنا في الكتاب وتوجيه الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص العلة المجوز بخلاص وبخلع غير معلوم **قوله** ولكن يحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا ينفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بمثل ما قالت كذلك وان كان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه **قال** المصنف رحمه الله ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان التحكيم بمهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا نقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المراة او اكثر منه او كان بينهما فهي خمسة وجوه واما في قول الرازي فلا يحلف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله

لـ
في السلم
ح
ف

بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقول او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهـذا هو الاصح لان التحكيم مهر المثل كان لا يجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الي مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما فان قولهم ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الي مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بال هذا لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم في الحرز والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما وسدا ليمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تحالفا لفائدة النكول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم ولا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء مستنكر لعيب في باب المهر فلا نعيد ولو ادعي الزوج النكاح علي هذا العبد والمراة تدعيه علي هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة بعينها الا انه يحكم مهر المثل ولا تمر تشهد له فالقول له وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما علي تخريج الكرخي فيتحالفان اولا ثم لما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال رحمه الله وان اختلفا في الاجارة اذا اختلفا في الاجارة في البدل اي الاجرة او البدل فاما ان يكون قبل استيفا كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفا بعضه فان قام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة الموجر اولي لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة فبينة المستاجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرة وذا شهرين بعشرة فيقضي بشهرين بعشرة وان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض علي وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفا المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدي بيمين المستاجر لانه ينكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدا بيمين الاجر ليتعجل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه اولا علي الاجر ثم وجبت الاجرة علي المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدا به وان لم يشترط لا يمنع الاجر تسليم العين المستاجرة لان تسليمها لا يتوقف علي قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجر فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعة بدي بيمين الاجر كذلك وايهما نكل لزمه دعوي صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهـذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف علي اصلهما وكذا علي اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقي زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وقد تبين انه لا عقد بينهما لانفساخه من اصل العقد فلا يكون لها قيمة ترد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتدا العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الي

مابقي

من الفصل عـ

لكه

مابقي قبل استيفا المنافع وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفا ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال رحمه الله وان اختلف المولي والمكاتب في مال الكتابة اذا اختلف المولي والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان وينفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولي يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولي ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه بالثمن فيتحالفان ولابي حنيفة ان الكتابة عقد معاوضة وجب به البدل علي العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما علي ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الادا وهذا لان البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوي اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة في الحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون في الحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الادا فقبله لا مقابلة فينتفي اصلا في حق البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولي من الزيادة والقول قول المنكر قال رحمه الله وان اختلف الزوجان في متاع البيت اذا اختلفا الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال دون كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنسا كالوقاية وهي المعجرة وهي ما تشد المراة علي استدارة راسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقي الخمار وكالملحفة فهي للمراة مع اليمين بشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النسا والحلي والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه لها وكذلك اذا كانت المراة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهرا اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح للنسا فهو مستعمل للنسا فاذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال وينتقض بما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه ولم يشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهد ما كون هذه الالات في ايديهما علي السوية فجعلنا هما نصفين ولا فرق بينهما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت وهـذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجل فهو للرجل وما يصلح للنسا فهو للمراة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلي هذا قوله وقال ابو يوسف يدفع الي المراة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهـذا ظاهر اقوي فيجري الي العيان بذلك فيبطل به ظاهر الزوج واما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سوا لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنسا

تبيم

قي
ده

فهو للمراة وما يصلح لهما فللرجل ان كان حيا او للورثة ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة من الدليل وهو ان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الي الحيوة واما بالنسبة الى الممات فلقوله والطلاق والموت سوا لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان الحر اقوى يدا لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولي ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنسا فهو للمراة كذلك وللحي منهما بعد الممات حرا كان او مملوكا هكذا وقع عامة نسخ الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الايمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الايمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف اختار اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شي في ايديهما قضي به بينهما لاستوايهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في ساير الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه اهل دون المملوك فلا معارض بينهما

فصل فيمن لا يكون خصما

اخر ذكر من لا يكون خصما عن من يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي قال رحمه الله وان قال المدعى عليه هذا الشي اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي او غصبته منه او اجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا تندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم ان الشهود اما ان يقولوا اودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه او رجل نجهله لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد وكالاول عند ابي حنيفة وهذه خمسة من اقوال فلهذا القب المسئلة مخمسة كتاب الدعوى ولقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة ان فاوجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينته الملك للغايب واثبات الملك للغايب بدون خصم مصادرة اذ ليس لاحد ولاية ادخال شي في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع مال غيره من الناس سرا الى المسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حقه فاذا اتهمه القاضي به لا يقبلها واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني

فله وجهان

فله وجهان احتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه والثاني انه ما احاله الي معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله الي معين يمكن الحاقه فصار بمنزلة ما لو قالا اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل تعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بقين حينيذ ان المودع غير المدعي عليه فان الشهادة تفيد ان يده ليست يد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت خصمه قوله والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قايمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشي اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الي موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قايمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيدفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا يتحول عنه الخصومة قال رحمه الله وان ابتاعه من الغايب فهو خصم وان قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغايب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله منصوص عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذي اليد ويده متردد بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعه لم تندفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو غصب على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درا للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم يندفع الخصومة فهل يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينيذ اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الي المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين ثم انقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل ان يصل العين الي المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصب

لانه لا احد فيه فلا يحتوز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه
فلان ذلك سقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيرهما فيكون وصوله
الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله
بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه والله اعلم بالصـــــواب

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد
قبل الاثنين **قال** رحمه الله وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم
انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا
من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطا فيه وفي قول يقترع بينهما لان احدى
البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز
متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما او يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه روى
سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما
البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق
ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي ان رجلين تنازعا في عين بين
يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهما نصفين وعن ابي الدرداء ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة فقال ما
احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضا
نزلت سلسلة من السما بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه السلام بينهما نصفين والجواب
عن حديث القرعة انه كان في الابتدا وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين
المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج
القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة
في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة ادا الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة
لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان راه يشتري
فيشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فيشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل
بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا واستواهما في سبب الاستحقاق
قال رحمه الله فان ادعى كل منهما نكاح امراة دعوى نكاح المراة من رجلين اما ان يكون
متعاقبة اولا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان يقر لاحدهما اولا فان اقرت فهي امراته
لتصادقهما وان لم يقر لم يقض لواحد وان كان ثمة بينة فمن اقام البينة فهي امراته
وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما
او دخل بها اولا فان كان ذلك فهي امراته لان النقل الى بيته او الدخول بها دليل سبق
تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فان تقبل لان الصريح اولى من الدلالة
وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امراته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
وان لم يذكر تاريخا لم يقض بواحد منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك
ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما فايهما اقرت انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امراته
لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين لقايل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول

اولي

اولي ليس على لانه انما يكون اذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضا العدة فيها اما اذا احتمل
ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر
اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا ان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة واذا كان الاول
فاذا انفرد احدهما والمراة تجحد فاقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الاخر واقامها على مثل ذلك
لا يحكم بها لان القضا الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي
الثاني سابقا فيقضي له لانه ظهر الخطا في الاول بيقين **قوله** وكذا اذا كانت المراة في
يد الزوج من بابه **قال** رحمه الله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا
العبد عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما اشترى منه هذا العبد قال المصنف
معناه من صاحب اليد احترازا عما سياتي بعد هذه المسالة واقاما على ذلك بينة من غير ما
تاقيت فكل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع
على البايع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوايهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك
المطلق واقاما البينة وان شا ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد
تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل فلم يحصل فيرده وياخذ كل الثمن فان قيل كذب احدى
البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحد كملا في وقت واحد فينبغي
ان يبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس
العقد فجاز ان يكون لكل منهم اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة به فان قضى القاضي
بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه
بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضا القاضي لا يعود الا بتجديده ولم يوجد
فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه
خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه
بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضا عليه حيث له ان ياخذ الجميع لانه
يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الاخر **قوله** حيث
له ان ياخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشرا في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما دون الاخر فهو لصاحب
الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له
بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق
شرايه وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات
والثانية ان ما مع العقد بعدية زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء
غير حادثان قبضا فان الى اقرب الاوقات يحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على
شراه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرايه ويلزم من ذلك ان يكون شرا غير القابض بعد شرا
القابض فكان شراه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولانهما استويا في الاثبات
وبينة غير القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وطولب
بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشرا من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فالخارج

م

حرمه واجرته منعه
مخاد

هنا اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمه محتاج الى اثبات الملك فبايعه اولى بالجواب
ما جمع في حق البايعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ادى
ذكر الاخر يعني بينة الخارج وقت اقدم فذو اليد اولى لانه يذكر الوقت لا يزول الضمان بسبق ذي اليد قوله
لما بينا اشارة الى قوله لانه تمكنه من قبضه يدل على سبق شراه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراه
كان قبل شرا صاحب اليد فانهما سقط بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شرا
والاخر هبة وقبضا قال المصنف معناه من واحد احترز عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجي وادا ما
بينة ولا تاريخ معهما فالشرا اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشرا يثبت الملك
بنفسه والهبة لا يثبته الا بالقبض فكان الشرا والهبة ثابتين معا والشرا يثبت الملك دون الهبة
لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشرا والاخر الصدقة والقبض قوله لما بينا اشارة الى ما
ذكر من الوجهين في ان الشرا اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا فهما سواء
فيقضى بينهما لاستوائهما في وجه الشرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة
لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون
بمعنى قايم في الحال وهذا اي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما لا
يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد
ذلك طاري وذلك لا يمنع صحة القبض والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى
لهما بشي لانه يفيد الهبة في الشايع فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة
اما عند ابي يوسف ومحمد فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين
والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد
الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت
الملك بقضا القاضي ويمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها قال رحمه
الله واذا ادعى احدهما الشرا اذا ادعى احدهما وادعت امراة انه تزوجها عليه واقاما البينة
ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد
منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمراة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري
عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشرا اولى
لان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل
بها لان الشرا بعده يبطل اذا لم يجزه المراة وان قدمنا الشرا صح العمل بها لان التزوج على ملك
الغير صحيح والتسمية صحيحة وجبت القيمة اذا لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج
القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف عما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين
والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشرا فهما سوا في حق ملك العين واذا ادعى
رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاماها فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس
الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى
وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد
الضمان اقوى من عقد التبرع ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع
انتهاء والبيع اولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته
الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب

التاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا
يتلقى الملك الا من جهته والاخر لم يتلقه منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا
وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد
في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف يقضى لمن ارخ وعلى قول
محمد يقضى لمن لم يورخ لانه يدعي اولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شا الله تعالى
ولو ادعيا الشرا من واحد واقاما بينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السوا قضي به بينهما
وان ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه
فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الاخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا قيل
لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البايع واحدا او اثنين دايما التفاوت بينهما
اذا وقت احدهما دون الاخر على ما سنذكر عنده هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد
ليس فيه زيادة فايدة فانه لا تفاوت في ساير الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد او
غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من
صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام كل واحد منهما البينة على الشرا من اخر كان اقام احدهما
على الشرا من زيد مثلا والاخر على الشرا من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سوا لانهما يثبتان الملك لبايعهما
فيصير كانهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما
بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شا ترك ولو وقت احدهما دون الاخرى قضي
بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقديم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف
ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم
به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيع الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا بين
انه تقدمه عليه شرا غيره ولقايل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما
اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق
لجواز ان يقال من يثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شرا غيره
والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البايع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا فاذا
ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تاخر لم يضرها وان تقدم ملك فتعارضا
فترجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يكونا متعاقبين جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارض
ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشرا من رجل والاخر الهبة
والقبض من اخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر واقاموا البينة على ذلك
قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك
المطلق واطلاق الساعة بطريق التغليب لان البايع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم قال رحمه
الله وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد
على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف ورواية عن محمد وعنه انه لا
بينة ذي اليد رجع اليه محمد وروى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي
اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل من ذي اليد رجع اليه
محمد وروي ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا
كانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج

لعهما

دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك
وكان التقدم والتأخر سوا بخلاف ما اذا اقامتا بالتاريخ على الشرا واحدهما اسبق من الاخرى فان
الاسبق اولى سوا كان البايع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان
الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع تقبل
فان ادعى على ذي اليد عينا وانكره ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة
وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد في العين في يده وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي
عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينته بذكر التاريخ الاقدم
متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فيقبل لكونها
للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما كان لصاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وفي قول محمد لا معتبر للوقت لما بينا من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو
اليد البينة على مطلق الملك ووقت احدهما ولم يوقت الاخرى فعلى قول محمد الخارج اولى وكذا قال
ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشرا
اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى وقد مر ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت
معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لان
بذكر تاريخ احدهما لم يحصل اليقين بان الاخر تلقاه من جهته لامكان ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا
بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام احدهما
بينة على ملك مورخ والاخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف قيل الاسئلة
بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسألة
الاولى واجيب بان ذلك لا يجوز ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسألة بحالها
اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخر فهما سوا فيقضى بينهما نصفين عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل
استحقاق الزوايد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب وكان تمسكا بالاصل وملك الاصل اولى
من التاريخ ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت يقينا والاطلاق يحتمل غير الاولية
والترجيح بالتيقن ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه اي يزاحمه عدم التقدم لان الذي لم يورخ سابق
على المورخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى
الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المورخ واذا كان غير المورخ سابقا
من وجه لاحقا من وجه كان المورخ ايضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعل كانهما ملكا
معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط
الاعتبار **قوله** بخلاف الشرا جواب عن قول ابي يوسف ومعناه انهما لما اتفقا على الشرا اتفقا
على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات ويترجح جنب صاحب التاريخ
قال رحمه الله وان اقام الخارج صاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد
بينة بالنتاج قدمها اليد اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى
لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالنتاج
واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت
للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد باليد فيقضى له سوا كان ذلك قبل القضا

ابي حنيفة ومحمد

بها

بها الخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في
نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن
مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذي اليد انما ترجح على بينة ذي الخارج اذا لم يدع الخارج
على ذي اليد فعلا نحو الغصب والوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج
اولى لان ذا اليد تثبت بينته ما هو ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا فهي اولى **قوله** وهذا
اي ما ذكرنا من القضا لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله
عيسى ابن ابان انه تهاترت البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضا لان القاضي
تيقن بكذب احد الفريقين لان نتاج دابة من دابتين غير متصور فكمسألة لعوقه ومكة وجه
صحة ذلك ان محمدا ذكر في خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان
الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي تيقن بكذب احد
الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بالنكاح وكل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا
مطلقا لادا الشهادة بنا على ان الشهادة على النتاج لا تنسب بمعاينة الانفصال من الام بل برؤية
الفصيل يتبع الناقة والفايدة تظهر في التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده
يستحلف ولو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل وكان هناك بالنتاج واقام
البينة على النتاج عند من يلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في نفسه فيقضى به لذي
اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى به لصاحب اليد لذلك ههنا ولو
اقام احدهما البينة على الملك والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على
اولية الملك فلا يثبت التلقي للاخر الا من جهته ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث
البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك
القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق اخر
فان اعاد ذو اليد بينته قضي له بها لما تقدم ان بينة ذي اليد على بينة ذي الخارج في النتاج
وان لم يعد قضي بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج
يقبل وينقض القضا لانه بمنزلة النص على ذلك لانه دل على الاولوية قطعا وكان القضا واقعا
على خلافه كالقضا الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا يقبل بينته
لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة
على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضا كان خطا فلا يكون مقضيا
عليه فان **قيل** القضا ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان
ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضا القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد
اجيب بان قضاه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت
القضا فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده
حالة القضا فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع
به انتقض القضا الاول **قال** رحمه الله وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة
قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة ذي
اليد وما ذهب اليه استحسان ترك به القياس بما روى جابر ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل
واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى

ج

الله عليه وسلم بها للذي هي في يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه مما لا يتكرر
ومن اسباب الملك اذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته
بيدها او كما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه
من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا بان صنعه او مرعزا وهي كالصوف
تحت شعر العنز او صوفا بجوز او بان ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد
مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضي عليه بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه
فيلحق به بدلالة النص وما يتكرر من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب
المسجد من وبره خز او قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من
خز او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه
زرعها او حبا اخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه
بينة قضى به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما في البناء فيه
فان البناء يكون مرة بعد اخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب يزرع ثم يغربل التراب فتميز
الحبوب ثم يزرع ثانيه واذا لم يكن في معناه لا يلحق به فان اشكل شيء لا يعرف بالتكرار وعدمه
فيه يرجع العدول من اهل الخبرة وبنى الحكم عليه لقوله الله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان
كنتم لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول
كان بخبر النتاج كما روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال رحمه الله واذا اقام الخارج البينة
على الملك وانا اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء فيه فذو اليد اولى لان الخارج ان كان
يدعي اوليه الملك فذو اليد تلقى منه ولانا في هذا فصار كما اذا اقر ذو اليد بالملك للخارج
ثم ادعى الشراء منه واذا اقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد واقام ذو اليد انه
اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال المصنف
هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يقضي بهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان
ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يسلم لان القبض دلالة السبق كما مر
ولا يعكس اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد ولم ثم باعه اياه لان ذلك يستلزم
البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار من المشتري
بالملك للبايع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا ولان السبب يراد
لحكمه وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود
بالذات وهنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد
انما نقضي لتزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيد الحكم بالنسبة اليه فبقي القضاء
بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص
عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن
فالتقاص مذهب محمد للوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان لكل واحد منهما
موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض
تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع
اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك هنا وعند محمد
باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى

منلاجير

يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الاخر في القبول سا قطا
بقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهي معنى قوله لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن امكان
العمل بهما وهنا لو ذكروا ان وقت البينتان في العقار وقبض فاما ان يكون وقت الخارج
اسبق او وقت ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض او لا فان كان وقت
الخارج اسبق فان لم يشهدوا بالقبض قضى بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند
محمد يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان شهدوا بالقبض
يقضي بها لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها من بايعه بعدما قبضها وذلك
صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين يعني سواء
شهدوا بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل
كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف جمع الوجهين
في قوله يجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات القبض
او سلم ثم وصل اليه بسبب اخر من عارية واجارة باعتبار اثبات القبض قال رحمه الله
وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة
تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان الخبر الواحد لا
يترجح بخبر اخر ولا الاية باية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص
على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة لم تترجح على المستورة
بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا يترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي
مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل قال رحمه الله وان كانت الدار في يد رجل
اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والاخر نصفها واقاما البينة
فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق
المنازعة وعندهما هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند
ابي حنيفة ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى اخر
اليه تضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرما الميت اذا ضاقت
التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حالة المزاحمة كمسئلتنا
والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين
فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي اخر نصفه
واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذا امكن الاتفاق
بينهم على العول فيه العول في التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على
اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه
بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة
اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما
اختلفوا فيه مسئلتنا فعلى اصل ابي حنيفة سبب استحقاق كل واحد منهما هو الشهادة وهي
تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم تكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة
فنقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الاخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف

جاره

الاخر كل منهما يدعيه وقد قام عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف
الربع وعلى اصلهما يأخذ كل واحد من المدعيين في العين على معنى ان حق كل منهما شايع فيها فما من جزء
الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول
فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب فيه لذلك
صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه المسالة نظاير
واضداد لا يحتملها المختصر قال المصنف وقد ذكرناه في الزيادات فمن نظايرها الموصى له
بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا دانه احد
المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين
والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فتذكر الاصلين
المذكورين يسهل علينا الاستخراج **قال** رحمه الله ولو كانت الدار في ايديهما الاصل في هذه
المسالة ان دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده ليلا يكون امساكه ظالما حملا
لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما
فمدعي النصف لا يدعي على الاخر شيا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف
فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضا وهو الذي كان بيد
صاحبه لانه اجتمع فيه بينة ذي الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج اولى فيقضي له
بذلك ونصفها لا على وجه القضا وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضا بدون
الدعوى فيترك في يده **قال** رحمه الله واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة
واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى
لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين
لانه سقط التوقيت وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان لاحدهما
ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في
شهوده او سقوط اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد
قال عامة المشايخ تهاترت البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد **قوله** وان خالف
سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين
وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا فيترك الدابة في يد من
هي بيده فصار كانهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو
ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على
غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان كانت على
غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان كانت على
غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما
فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة
وقد استويا في ذلك فوجب القضا بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت
بطل البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف
يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن

محمد

محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا تقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين
لا يقضى لهما بشي ويترك في يد ذي اليد فصار كانهما لم يقيما البينة ولعل هذا
هو الاصح **وقوله** ينظر الى مقصودهما ليس بشي لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعا
بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود الكذب
واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهما سوا
لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس
الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر
اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد **قال** رحمه الله
واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب
اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا
في السرج والاخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية من
النوادر واما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفين بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج
فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل
فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو تنازعا في بساط احد
جالس عليه والاخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضا لان اليد على
البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشي من ذلك فلا يكون يدا
عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السوا فيترك في ايديهما وهذا فرق بينه
وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما الا بطريق الترك ولا لغيره لان عدم
يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد يكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم
لانها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت يد المختط له فيه عليها لم يتحول الى محل اخر بل كان
يد ثابته عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا يجوز القضا لغيره لان شرط
جوازه العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعى عليه ولم يوجد واذا كان ثوب في يد رجل وطرف
منه في يد اخر فهو بينهما نصفين لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد
الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والاخر
اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسالة القميص لان الزيادة ليست من جنس
الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فهذا
فلا يخلوا اما ان يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه او لا فان كان الاول فان لم يتكلم فهو عبد
ذي اليد وان تكلم فقال انا حر فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتايد بالظاهر
فيكون في يد نفسه وان قال انا عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد ذي اليد لانه اقر انه
لا يد له على نفسه باقراره بالرق فيبطل الاقرار بالرق من المضار الا يحتمل الدعوى والاقرار
فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين واجيب بان الرق لم يثبت
باقراره بل بدعوى ذي اليد الا عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا يتقرر يده عليه
وعند عدمها يتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان في يده

وان كان الثاني فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كالمتاع لا يد له على نفسه واعترض بان الملتقط اذا ادعى رق لقيطه لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شانه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره قال رحمه الله واذا كان الحائط لرجل واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل بينا به وللاخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم ويرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية وردول فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل بنائه مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بنا هذا الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع اولى قوله والهرادي ليس بشيء يعني قول محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما نصفين وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضى بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة لان الحائط يبنى لجذوع الثلاثة كما هي للاكثر منها وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد اشار اليه المصنف وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساقية المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات ولم يذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبهما وهذا هو اوفق لما ذكر في الدعوى وقال في المبسوط في موضع المسئلة الاولى واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى اخره يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا

في اصل

في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق فمن ثم فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعض المشايخ باعتبار التسقيف بهما ولو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللاخر اتصال وعلى الاولى وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لان صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى ومن رجحه شمس الائمة السرخسي ويروى ان الثاني اولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له بعضه القضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد اخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها لا معتبر بكون احدهما اكثر ابياتا ولا اكثر ولانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الاخر هدبة حيث يلغى صاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والاخر كالاجنبي عنه فالغي والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فعند كثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حقه فيه واما في الساحة فالاحتياج للاولاد وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار قال رحمه الله واذا ادعى رجلان ارضا اذا ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر احضارها لا بد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة واذا اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم ومن لم يثبت انها في يد الاخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء ما كانت بينته مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني يجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كبار اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا

رهما

بها

من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم وقال
ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انهم انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ها
هنا قول الكل لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة
والعقار غير محتاجة الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل
واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم تنقض
لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا
قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليها بكلها للحالف نصفها الذي
كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا ارضا صحراء انها في ايديهما يعني
كل واحد منهما يدعي ذلك واحدهما لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال
ومن صورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب والله اعلم بالصواب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم
ذكرا فقدمه **قال** رحمه الله واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع اذا ادعى ولد الجارية
المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين
المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او
على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر وقد ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وامه ام ولد وفي
القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه
متناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها واذا لم يكن الدعوة صحيحة لا يثبت
النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق في
ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال
حق المشتري عنها وعن ولدها **قوله** ومبنى النسب على الخفاء فيعفى التناقض وذلك لان الانسان
قد لا يعلم ابتداء يكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض ولان ذلك العتق
والتدبير وصار كالمرأة اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوى
استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن لانه كان
منقودا لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري
يصح منه التحرير وكذا دعوته له لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت بها انه الولد باقراره ثم لا يصح
من البائع دعوته لان الولد لا يستغني عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري وان ادعياه معا
يثبت النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في
ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير
ودعوة الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع اولى **قوله** وهذه
دعوة الاستيلاد جواب دخل تقريره كيف يصح الدعوة والملك معدوم ووجهه انها دعوة
استيلاد وهي لا تفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير
على ما يجيء ولذلك ان ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب وان جاءت به
لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري او لا فان كان الثاني فلا يصح دعوة
البائع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد فيساويه وان كان الاول

ثبت

ثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانه تيقنا ان العلوق
لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا يصير ام ولد واذا
لم تصر ام ولد نفي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك
وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع
كالاجنبي وان جاءت به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري اولا فان لم يصدقه لم يقبل
دعوة البائع فيه لاحتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت
النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق
في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل
العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا
يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه محتمل وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى
لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم
انها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على
اربعة اوجه ايضا فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه
ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع
دعوة المشتري وان ادعيا معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت
به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك
في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه
واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه
متعاقبا فان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد منهما لوقوع
الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما **قال** رحمه الله فان مات الولد فادعاه البائع
الاصل في هذه انه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة ويمنع ثبوت
النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد
في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام
وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسب الولد وحده لانه
اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادت الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم
اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوى
لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام
وهذا بناء على ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها
المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم
الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه ويرد
عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري
وما اصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه كل الثمن كما سنذكره ولو كان
المشتري اعتق الولد فدعوته اذا لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر الفرق استنبطها ولانه
كان معلوما من مسئلة الموت والاصل في هذا الباب عناية ثبوت حق العتق للام بطريق

الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر في الفصل الاول يعني فيما اعتق
المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في البيع وهو الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو
الولد فان قيل اذا لم يمنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه يتعين لان
الكلام فيما اذا حصلت الجارية في ملك البايع ومن حكم ثبوت النسب للولد ضرورة امه ام ولد
للولد للبايع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضرورته اي وليس
ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد
المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق
بالقيمة وهو ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لابيه وكما في المستولدة بالنكاح بان
تزوج امراة على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم
ادعاه البايع بانه ولده قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة
والاستيلاد فيه وفي البيع قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لما لجنبة عتق الولد عن ثبوت
النسب بدعوة البايع ومعناه ان الاعتاق من المشتري لحق استحقاق النسب في الولد وحق
الاستيلاد في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس لجعل احدهما على فعل الاخر ترجيح من هذا
الولد ورد بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري
احدهما ثم ادعى البايع الولد الاخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى بطل عتق المشتري وذلك نقض
للعتق كما ترى واجيب بان التوامين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما
والحكم لضرورته حر الاصل ثبوت النسب للاخر ولقايل ان يقول اذا كانا كذلك وقد ثبت
العتق في احدهما ثبوته في الاخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه
ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الاخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر لا بد
فان عورض بان البايع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته
اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به قوله ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على
الاستحقاق فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبايع في الولد حق الدعوة وفي
الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان
المالك القديم ياخذ بالقيمة وان كان له حق المالك وللمشتري حقيقته واجيب بانه
ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح
والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على ملك اهل الحرب
ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقايق فقلنا بالاخذ
بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية
وهو عدم جواز النقل من ملك الي ملك قوله وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل
من الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما
وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احترازا عما ذكره
شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت
وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البايع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة
المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم
البايع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف هو ما ذكره شمس

الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها في الرواية مخالفا لرواية الاصول وكيف
يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا يبطل اعتاق المشتري فيها الواجب ان يكون
للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب
بان ذلك من حيث الصورة اما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة
من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة ومن باع عبدا ولد عنده قال الاصل في هذا
انه اذا احدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوى فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده
يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل
البيع لاحتماله النقض وما للبايع من حق الدعوى لا يحتمله فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد
او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل
النقض فينقض لاجل ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري
اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل
النقض فصار كاعتاقه ولقايل ان يقول ان الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها
فاني يتساويان اما الدعوة من المشتري ومن البايع فيتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية
فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك
ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البايع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى
عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية ومن ادعى نسب احد التوامين
يثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع
احدهما ودعوى النسب في الاخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الائمة يجوز ان يقال غلامان
توام وتومان قوله ويبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر التاء فالعتق بمعنى الاعتاق
وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سوالا وجوابا
قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا بمعنى على تقدير
تصحيح الدعوة من البايع وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وهنا اي في مسئلة
التوامين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشترى تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير
لحريته راجع الى المشترى بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله
حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالا
لم يصادف محلا فكان تخليفا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي يثبت نسب الولد
الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال
بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوامين هذا حر
كان تحريرا مقتصرا على محله ولا يتعدى فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوامين
وابوه الاخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم تقتصر دعوة
التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال الكلام فيه واجيب بان ذلك بمعنى اخر
وهو ان المدعي اذا كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب
ملك ابنه فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير قال رحمه الله واذا كان الصبي في
يد رجل اذا كان الصبي في يد رجل فقال انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغايب ولد على فراشه ثم
ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا اما حالا فظاهر لوجود الما

وهو تعلق حق الغير واما استقبالا فلان الغايب لا يخلو اما له عن ثلاث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت
عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا يصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب
من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما فالاقرار بالنسب
يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد
كان وجوده وعدمه على حد سوا فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري
على البايع باعتاق المشتري فكذبه البايع ثم قال المشتري انا اعتقته فالولا لا يتحول اليه بخلاف ما
اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه
لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير
الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا
بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن
الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به
وتكذيب العبد لا يبطل شيئا منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا واما الثاني
فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام
من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه
فانها لا تصح ولذلك اورد هاهنا المصنف وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف لا يقبل عند ابي حنيفة
خلافا لهما **قوله** ومسئلة الولا جواب عن استشهادهما بها بانها على الخلاف فلا ينهض
شاهده سلمناه ولكن الولاء قد يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق
بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان
الملك له قايم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل
بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا اي حيلة على اصل
ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوه بعد ذلك فيقطع دعواه
باقراره بالنسب لغيره **قال** رحمه الله واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني
وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي
التعارض ولا يعارض هاهنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا
وشرف الاسلام مالا اذ دلايل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم به تبعا وحرمانه
عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولقايل ان يقول هذا يخالف الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد
مومن خير من مشرك ودلايل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا ترى الى
كفر ابائه مع ظهور دلايل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل
الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان
قوله تعالى ادعوهم لابائهم يوجب دعوة الاولاد لابائهم ومدعي النسب اب لان دعوته لا تحتمل
النقض فتعارضت الايتان وفي الاحاديث الداله على الرحمه بالصبيان نظر اليها بمرة فكانت اقوى
من المانع وكفر الاباء جحود والاصل عدمه الا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الافاق وترك
الحضانه لا يلزم منه رق ويقطع منها بخلاف نزل النسب هاهنا فان الصبي يعدم الى الرق وهو ضرر
عظيم لا محاله هذا والله اعلم بالصواب فلو كانت دعوتهما دعوة البنوه فالمسلم اولى
ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين ولو قال نصراني بالغ ادعي على نصراني ونصرانية

انه

انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمه انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان
في البنوه ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب في
فراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لا لانه معظم الامر لمنفعة
في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم
الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محاله
والجواب انه يتقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه
يدعي حقا لنفسه **قال** رحمه الله واذا ادعت المراة صبيا اذا ادعت المراة صبيا انه ابنها
فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما
زعمت انه ابنها منه ثبت النسب منها بالتزكيه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى
تشهد بالولاده امراة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة
القابلة كافيه لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القايم
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت
الى حجة كاملة عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي
في الجميع شهادة امراة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت
النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمراة ومنهم من
قال لا يقبل قولها سوا كانت ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن اثباته
بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله
فيه الا بالبينة والمراة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها
من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفا فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار
لعدم التحميل على احد فيهما ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر
فالقول له ايهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر **قال** رحمه الله
ومن اشترى جارية فولدت ولدا ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور من
وطي امراة معتمدا على ملك او نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالده وولد المغرور حر بالقيمة
بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقها الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف
انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر رضي الله عنه يفك الغلام
بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية
فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا لان
انه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل الحديث الغلام فقيمة الغلا
والجارية بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر
الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما **قوله** ثم الولد الحاصل بيان سبب الضمان
وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه بعتق من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة
امانة لا يضمن الا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومه لانه يوم المنع وانه لو مات الولد
لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن
بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه وهو وارثه لا يقال ينبغي
ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه على تحرر الاصل

م

في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولد له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضا بالقيمة والثابت
بالضرورة لا يعدو موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان
سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة
الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته لانه جز المبيع والبايع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزايه
كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام لانه المغرور ثم لهما بخلاف العقر فانه لا يرجع عليه لانه لزمه باستيفا
منافعها وهي ليست من اجزا المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته والله تعالى اعلم بالصواب

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما تفرعه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة
والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه على المدعى عليه فامره لا يخلو اما
ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح كما قال الله تعالى وان
طايفتان من المومنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر
صاحب المال بماله لا يخلو اما ان يسترج منه او لا فان استرج منه فلا يخلو اما ان يسترج بنفسه
او بغيره وقد ذكروا استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله وذكر
ههنا استرباحه بغيره بغيره وهو المضاربة وان لم يسترج فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره
ولم نذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة
قال رحمه الله اذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات
ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشرطه سنذكر في اثنا الكلام وحكمه
انه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على الحجية فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد
اعتضد هذا المعقول بقوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام
رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرى بالشبهات فلان يكون
ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجته فلما تبين انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصوره
فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا له
والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفا التهمة فيما يقربه على نفسه والتهمة
باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد المنافي لصلاحية الحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا
كان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار وكذا المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح
بالقصاص والحدود وكان هذا اعتذار عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر
بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شي ويصح ان
يقال ليس بمعدوم واما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص
وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له وقوله لان اقراره الى اخره دليل ذلك المجموع
والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى
فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن
بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا
يتهيا لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونها معه بخلاف الحد والقصاص لان العبد فيهما يبقى على اصل
الحرية حتى لا يصح اقرار المولى في ذلك لان وجوبهما لعقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه

مكلفا

مكلفا وكونه مكلفا من خواص الادمية والادمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل
لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه
بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر له معلوما لجهالته لا يمنع صحته لان الاقرار
اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم
ارشها او بقي عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض
بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد يلزم مجهولا
وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفا
المشروط خلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا ولذلك
جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد منا الف واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه
المجمل فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج
عما لزمه بتصحيح اقراره بالبيان وفي بعض النسخ بصحيح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون
بالبيان فان قال له علي شي لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة
له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا تبين ما له قيمة مما يثبت في الذمة
مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كحنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له او لا فان
ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر ولذلك
اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيا يجب عليه ان يبين
ما هو مال حتى لو تبين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر
وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال بحكمه لا يجري فيما
ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو تبين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان
العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه
مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده
وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم بعض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان
ذلك حقيقته وقد يترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله
تعويلا على العادة قال رحمه الله ولو قال لفلان علي مال اذا قال في اقراره لفلان علي مال
نرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين لا فيما دون الدرهم والقياس يقوله لانه مال
ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل
الاول وقلنا الغا الوصف المعظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم
عند الناس والغنى بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان بدفاف ان يبين بالمال الزكوي
فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من
جنسه وفي اليسير بعشرين مثقالا وفي الدراهم بمايتي درهم وان بين بغيره
فلا بد من قيام بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة
في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم
يقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عدد الجمع لاعا ة
اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة قال في النهاية
والاصح على قوله انه يبنى على حال المقر في الفقر والغنا فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف

ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير في بلانه نصب من اي نوع سماه
اعتبار الادني الجميع واذا قال له دراهم يسيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي اقل
من مايتي درهم عندهما وفي اقل من ثلاثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد
علي كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند اخرين وحكم الشرع لذلك
تارة يتعلق بالعشرة وباقل منه كما في السرقة والمهر علي مذهبه وبالمايتين اخرى كالزكاة وجوبا
وحرمانا من احدهما وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يكن العمل بها
اصلا فيحمل قوله دراهم وينصرف الي ثلاثة وقالا امكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمية
فالحمل عليه اولي من الالغاء وقال ابو حنيفة الدراهم مميز يقع مميز العدد وانهى ما ينتهي اليه
اسم الجمع مميزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالفرد يقال احد عشر درهما ومائة والف درهم فيكون
العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا
ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الي غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلاثة بالاتفاق لان اقل
الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يسمي اكثر منها لانه محتمل اللفظ وكونه عليه فلانه
وينصرف الي الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل علي وزن سبعة
لكونه معتبرا في الشرع **قال** رحمه الله ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن الاصل في استعماله
اعتباره بالمفسر فما له نظير في الاعداد المفسرة حمل علي اقل ما يكون في ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل
فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال كذا كذا كان كاحد عشر والى ثلاث فيغيره
واو ولم يزد علي ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان احدى وعشرين والى ثلث بالواو كان
مائة واحدا وعشرين والى ربع يراد الف ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان علي للايجاب
وقبلي ينبئ علي الضمان علي ما مر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون
مجازا الايجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه يعتبر عن وضعه فيصدق موصولا لا منفصلا
قال المصنف وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان اللفظ
ينتظمهما حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة اقلهما فيحمل عليها وكان قياس
ترتيب وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل هو الاصح فقدمه
في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او بيتي او كيسي او صندوقي فهو اقرار بامانة في
يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده واليد متنوع الي امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة
ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت
اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة
والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين علي الوديعة حمل الاعلي علي الادني وهو لا يجوز لان
الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها
او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعي لان مخرج جوابا اذا لم يكن كلاما
مستقلا كان راجعا الي المذكور ولا فكانه اعاده وصرح لفظه فلما قرن كلامه في الاولين
بالكناية رجع الي المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي كما لو اجاب بنعم
لكونه غير مستقل ولو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الي المذكور لكونه
مستقلا فكانه قال اقعد وزانا للناس واكتسب المال واترك الدعوة الباطلة او نقادا
وانقد للناس دراهم او ما في قوله اجلني فلان التاجيل انما يكون في حق واجب واما في قد

العدد وهم

قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوة
الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك
يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف الي سنة فقال المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لان
المقر اقر علي نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى الاجارة
لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة فيها لازمة
فيلزم علي الصفة التي اقر بها وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له علي انكار الاجل لانه منكره
واليمين علي من انكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه مائة كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة
وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس في الدرهم
ايضا وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الي التفسير ولا تفسير هاهنا لان الدرهم معطوف
عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لا قتضائه المغايرة فبقيت المائة علي ابهامها كما في الفصل
الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استعملوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب
العددين والاستقبال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بتكرر ما سببه
وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات
حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة
لا تثبت دينا في الذمة اصلا فلم يدر بها فبقي علي الحقيقة اي علي الاصل وهو ان يكون بيان المجمل
لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان
المائة الي المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة
وثلاثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب
لم تذكر بحرف العطف حتى يدل علي المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الي التفسير لا يقال الاثواب
جمع لا يصلح تمييزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارا كعدد واحد **قال** رحمه الله ومن اقر
بتمر في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للاخر فاما ان يذكرهما بكلمة في
او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر
او ثوبا في منديل وطعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف
لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا في قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة
لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بشيء لم
يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول
لغا اخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة يعني ان الاقرار بهما
جميعا لكن لا يلزم الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا اذا قال غصبته
منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا
يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل
وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى غصب العقار والنصل حديدة السيف
والجفن الغمد والحمايل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة
والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب وبقية كلامه يعلم من الاصل المذكور **قوله**
لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض علي اصله بان قال غصبته ثوبا
في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة

قوله على انه كل ثوب موعى وليس بوعا معناه ان الجميع ليس بوعا للواحد بل كل واحد منهما موعى باجزاه والوعا الذى ليس هو بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعا للثوب الواحد كان الاخر كلامه لغوا او نقول لغوا او تعين اول كلامه محملا يعني ان يكون بمعنى السين قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزا لا اثر له الكسرة في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الاطلاق

لما كانت مسايل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط قال رحمه الله ومن قال لحمل فلانة على الف درهم ومن اقر لحمل فاما ان يبين سببا او لا فان بين فاما ان يكون سببا صالحا او لا فان كان صالحا مثل ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جات به في مدة يعلم فيها انه كان قايما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جات به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك واما ان جات به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم وكذا ان جات به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جات بولدين حيين فالمال بينهما نصفان ان كانا ذكرين وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث مثل حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شي لانه بين مستحيلا لعدم تصور ذلك من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطا ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنايبه وهو القاضي او من ياذن له القاضي واذا تصور بالنايب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله مضافا الى محله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به شريكه الاخر والعبد في حال رقه فيصير كانه العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد واوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه ورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب حمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحمل ايضا ومن اقر لرجل بشي على انه بالخيار في اقراره ثلاثة ايام فالاقرار صحيح ولزمه به ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله وهو والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر اذا كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يصر باختياره وعدم اختياره وانما تاثيره في العقود ليتغير به صفة العقد وتخييره

بين نسخه وامضايه والله تعالى اعلم لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثنا وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط والاستثنا استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه قال رحمه الله ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما اللزوم والباقي فلان الاستثنا مع الجملة اي الصدر عبارة عن الجملة الباقي لان معنى قوله على عشرة الا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلما ونقل عن ابن عباس جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفرا استثنا الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثنا الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثنا ثم ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثنا ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثنا اذا وقع بعين اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلاما ورد عدم مكله فيما سواه لان الامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه لم يكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى واما ما وجه ذلك اجيب بان الاستثنا تصرف لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثنا ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الا اربعا فكان اعتبار اللفظ اولى ولو قال له على مايه درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزمه مايه الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد ولو قال له على مايه الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي قوله فيهما في قول محمد والشافعي يعود الى المعدود وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك متعذر وعلى الثوب وهو غير متعذر لمحمد ان الاستثنا بالولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق بخلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وقد ذكرنا ان كلامه على انها ليست بشرط بنا على ان الاستثنا عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثنا بيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابي حنيفة وابي يوسف ان شرط الاستثنا المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا ريب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهر واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها

اذا وصف سب في الذمة حالا ومؤجلا وجاز الاستقراض بهما ولما العددي المتقارب فلانه بمنزلة
المثلي في قلة التفاوت وما كان تمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة
بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم سيمته واما الثوب فليس
بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما وما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب
موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا
وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصلح الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بثمن
لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ والقيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان
المقدرات بقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثناء يقتضي
حقيقة التجانس ومعناه بما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير ان
التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات **قال** رحمه الله ومن اقر بحق
وقال ان شا الله ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شا الله تعالى لم يلزمه الاقرار لان الاستثنا
بمشية الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر
فيما اذا قدم المشية فقال ان شا الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند
محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزا لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع
وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار
لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما
منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال
لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جا راس الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة
فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا
كما تقدم **قال** رحمه الله ومن اقر بدار واستثنى بناها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا
بناها فانه اي فللمقر له الدار والبنا لان البنا يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثنا انما يدخل تحته
فالبنا لا يكون مستثنى اما ان لفظ الدار لم يتناول البنا مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو
استحق البنا قبل القبض لا يسقط شي من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان الاستثنا بيان
ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البنا في الدار
لانه تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال
لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط بحصته من الثمن
ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيا منها
بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناها هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال
لان العرصة عبارة عن بقعة لا بنا فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البنا لفلان
والبنا لا يتبعه بخلاف ما اذا قال بناها هذه الدار لي والارض لفلان حيث كان للمقر له
لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبنا كالاقرار بالدار وجنس هذه المسايل يخرج على
اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة
على غيره فاذا اقر بشيين يتبع احدهما الاخر كالارض والبنا فان كانا لشخص فظاهر وان كان
لشخصين فان قدم التابع فقال بناها هذه الدار لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار
الاول لما صح فصح جعله البنا تبعا تابعا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع

فكلاهما للمقر له به لان الاقرار بالمتبوع يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح
واذا اقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبنا لي كانا للمقر بالاستتباع وان
كان التابع كقوله الارض لي والبنا لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح
وفي الثاني بعكسه فصح **قال** رحمه الله ولو قال له علي الف درهم ثمن عبد ومن قال له علي
الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه او لا فان كان الاول
فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له فيقال له ان شيت سلم العبد وخذ الالف والا
فلا شي لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا
وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له
والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فانا ان حكمنا
بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما
بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة
العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف
غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني ولا تفاوت في هذا بين ان يكون العبد في يد
المقر او المقر له والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وفيه لا يلزم المقر شي لان المقر
ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وفي هذا ايضا لا
تفاوت بين كون العبد في يد المقر او بيد المقر له فانه اذا كان في يد المقر ياخذ العبد ولو قال
مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي كل واحد من المالين بيع عبد اخر تحالفا لان المقر يدعي
تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكر واذا تحالفا بطل
المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله
ما قبضت عند ابي حنيفة وصلا او فصلا لانه رجوع عما اقر به فان اقراره صح رجوعا الى كلمة
علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كجهالة
حالة العقد او طارية كما اذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك
المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار
بوجوب الثمن واخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف
ومحمد المقر له اما ان يصدقه المقر له في الجهة اولا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض
كما سياتي وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله
وان فصل لم يصدق لان اول كلامه موجب واخره قد تغير لانه يحتمل انتفاوه على اعتبار
عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى **قوله**
وان اقر انه باعه متاعا الى اخره وانما عبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد
قوله وبه لا يتاكد الوجوب اي بمجرد وجوب السبب وهو البيع لا يتاكد وجوب
الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما هلك المبيع
في يد البايع فيسقط الثمن على المشتري لكنه يتاكد بالقبض والمدعي يدعيه والمقر
ينكره فيكون القول قوله في عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط
فلا بد من جواب و**قوله** وبه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود
الفاء لعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد

فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التغليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن ان يقال الخراوع
تحذوف وتقديره فانه وافقه الطالب في السبب والحال انه بجحود السبب لا يتاكد لكنه يتاكد
بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي
بعض النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله
بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع التنجيز ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب
الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فانه من ضرورته القبض هذا
مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس
كذلك كما تقدم في البيوع قال رحمه الله وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال
له علي الف من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة
وصل او فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الف ثم زعم انه لم يكن واجبا
عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شي لانه بين باخر
كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مما يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة
شراها واداء ثمنها فيحتمل انه مبني اقراره على هذه العادة فبين باخر كلامه سانا معبرا
فيصح موصولا لا منفصلا كما اذا قال في اخره ان شا الله ولجاب بذلك تعليق لان صيغته
وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف كالارسال وكان من باب البيان ووجوب
المال عليه من حكم الارسال فبصيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال فالابطال
رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي الف من ثمن متاع
او اقرضني الف ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي
حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقه
او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف قال في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا
اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثنا وعلى هذا اذا قال له الف درهم زيوف من ثمن
متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل
الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف او في السلم كان استيفا لا استبدالا وه
والستوقه بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا
ذكرهما اخرا كان بيانا مغيرا فيصح موصولا كالشرط والاستثنا وصار كما اذا قال الا انها
وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان مقتضى العقد يقتضي السلامة من العيب
والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد فيكون دعواه بيانا بل رجوعا عن بعض موجبه وصار
كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا ان مطلق العقد
يقتضي السلامة والستوقه ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات
العقد فكان دعواها رجوعا هو له رجوعا وقوله الا انها وزن خمسه جواب عما
استشهدا به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه لا يصح ان يكون استثنا لانه مقدار كالجودة
فانها وصف واستثنا الوصف لا يجوز كاستثنا البنا في الدار فان قيل قد
يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديه لان الرداة ضد
الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداة نوع
لا عيب فان قيل اما الجودة فكذلك لما امر انهما ضدان فما الحكم اجيب

بان الرداه

بان الرداة في الحنطة نوع لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل
الخلقه السليمه والحنطه قد تكون رديه في اصل الخلقه واذا كان نوعا لم يكن مقتضى
مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرا بالحنطه ما لم يتبين
انها جيده او وسط او رديه فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فصح موصولا كان
او مفصولا وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في المقرض انه يصدق في الزيوف اذا
وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض
والمقبوض قد يكون زيوفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعا
والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامع والزيادات والمبسوط ه
ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات
بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه
ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم
الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا
يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى
الاستهلاك المحرم نصا وهذا وما بين سببه تجارة سوا ولو قال اغتصبت منه الفا او قال
اودعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل او فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك
فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض فان التعا
مل به بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم
في قول ابي حنيفة ان الزيادة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا
فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة
والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقه فيكون منوعا ليس الا كما في الحنطة
وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون منوعا والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها
فان اقتضت السلامة كانت الزيادة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها
تنبذت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا منها لما بينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد
فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم يقتضيها كانتا نوعين لمطلق الدراهم
لاحتماله اياهما احتمال الجنس للانواع هذا والله اعلم بالصواب قوله ولهذا
اي ولاجل انه لا يقتضي في الجياد لو جاز رد المغصوب والوديعة بالعيب كان القول له
فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي
يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض
وهو موجود فيهما ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقه او رصاص موصولا
صدق لان الستوقه ليست من جنس الدراهم كما مر لكن الاسم يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا
فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع والقرض والغصب الفا الا انه
ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثنا مقدار وقد تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثنا
في اخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه قال رحمه
الله ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها ان الغصب لا يختص بالسليم قوله

ردئ
نبات
مثل
وعيا ص

ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقولك اخذت و شبهه
او على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول وادعى ما يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت وديعة فان صدقه
المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان
ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان
وهو القرض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني
وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه
وانكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر
فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية
سلمناه لكن ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله فالقول قول
الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن معروفا للمقر اما اذا كان كان القول للمقر في قولهم جميعا
لان اليد له فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون بمجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله
في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول هاهنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة
وقوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها
عليه وهو ينكر والقول للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت
اليد انه باي طريق كان كما لو قال ملكت عبدي ثم الا اني لم اقبض الثمن وله حق الحبس
كان القول له وان زعم الآخر خلافه و قوله قد يكون من غير صنعه كاللقطة فانها وديعة
في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في دار انسان و قوله
وليس مراد الفرق اشارة الى الرد على الامام العمي فيما ذكر ان الرد انما وجب ذكره وجب في مسئلة
الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واخواتها
اي العارية والسكنى فردها علي فكان الافتراق في الحكم الافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع
الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واخواتها ايضا
وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهو الذي ذكره في الاجارة واخواتها بخلاف ما اذا قال
اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث
يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد
اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض المضمون والاقرار بقبض المضمون اقرار
بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكر واما هاهنا يعني
في صورة الاجارة واخواتها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك
بتطبيق ما ذكرنا في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير ان شاء الله
وباقي كلامه لا يحتاج الى الشرح والله تعالى اعلم
افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المريض بعد الصحة
قال رحمه الله واذا اقر المريض في مرض موته او امرض المديون ولزمته ديون حال مرضه باسبا
معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه
بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر
بها وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او يستويان لاستوائهما
في سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل اذ العرض فيه المضاف الى محله وهو الذمة القابلة للحقوق

فصار كانشاء التصرف من بيعها ومناكحه وانما يعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في
الاخبار قال والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا
ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض بهذا فيه لان حق غرما الصحة تعلق
بالمال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على
الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال
الصحة والمرض فانه لو كانا متساويين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة
فان قيل الاقرار للوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة اجيب
بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو
الموت والدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي
من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج
الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف في ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل يجوز
ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة
والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان برابعة جاز وليس يحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية
اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان
الحال مما لا يوقف عليها قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا يبطل حق
الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بما
المديون لبطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر
كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير
فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم
به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له
الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني
اوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالتي
الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه
حالة عجز فيفترقان فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار
في اول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة
ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم المعروفة
الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاينة لا مرد لها فيقدم على المقر به ويصير مثل دين
الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة
في ثبوته في غيره قال رحمه الله ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح الاقرار بالعين في المرض
كالاقرار بالدين فيه لتعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي دين
بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق
الباقين فلا يصح وان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا
وقال الشافعي يسلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف ان لا
يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب
ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله الا اذا قضى ما استقرض استثناء من قوله

ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى لذلك
وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق
الغرماء وانما حوله من محل الى محل يعدله اذ لو رد ما استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع كان
يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة فكذا اذا رد بدله لان له حكم المبدل فاذا قضيت
الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح
اي محمول على الصدق في حقه وحقه عليه وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهر صحته
واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه ابطال حق الغير
وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته فان قيل
الشرع قصر تصرف المريض على الثلث بقوله عليه السلام الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول
عمر اجيب بان ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما سياتي ولان قضاء
الدين من الحوائج الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ
عن الحاجة ولهذا تقدم تجهيزه وتكفينه **قال** رحمه الله ولو اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار
المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في احد
قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع
عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته وصار كالاقرار للاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة
للوارث كما اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضر الوفاة الاب قال استهلكتها ومات
وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض
انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا ترى انه اذا كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب لكن نص الايمة
قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه
بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة
وبه اخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان حق الورثة تعلق
بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا وفي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين
وبذكرنا ما اوردنا بالاقرار بوارث اخر وما احتاله عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن
المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها
يورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقربا بالمال وتعلق حقهم به
يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة
في حال الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فان قيل فالحاجة موجودة
في حق الوارث ايضا لان الناس كما يتعاملون مع الاجنبي يتعاملون مع الوارث اجاب بقوله
وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة
معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور به
انما يثبت هذا التعلق في حق بقية الورثة فان صدقوه فقد ابطلوه فيصح الاقرار **قال** رحمه الله
واذا اقر الاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية وكانت المسالة معلومة كما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس
والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه

عليه

عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي ثم وثم حتى ياتي على الكل لان
قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له
التصرف في الثلث الباقي لان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان تنفذ
وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان ياتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض
فكلما اقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض
وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا **قال** رحمه الله ومن اقر لاجنبي الخ والمقر له اما ان لا
يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمر او غير مستمر اما ان يكون وارثا حالة الاقرار
غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره واما ان كان وارثا حالة غير وارث حالة الاقرار لحجب ولغيره
وما لغيره فاما ان يكون بسبب لارث مما يستند الى وقت العلوق اولا واما ان يكون اعني غير المستمر
وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه ففيما لم يكن اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما
كان مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان لانتفاء الحجب
كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق
اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه
ثلاثا وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار لقيام العدة فلعله استقل عن
ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا
تهمة في الاقل فيثبت وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان للحجب كما اذا اقر لاخيه وله
ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير
وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته
فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب
كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما اذا كان وارثا
في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار
عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ورثت بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما
قبله فيما ليس بمستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات وجه قول ابي يوسف وهو
الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار واذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت
التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة
لم تكن منتفية لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار والله اعلم بالصواب

ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلث
شرايط ان يولد لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان
لامتنع ثبوته من غيره وان يصدق المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه
بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض
لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت
كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** رحمه الله ويجوز اقرار الولد بالوالدين
والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل حتى يرثوا كان اقراره بهولا

في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فيتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب
القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفه الفقها
ودراية شرح الفرايض للامام سراج الدين والمصنف والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير
للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمراه ومولى العتاقة قال صاحب النهاية
والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المراه بالوالدين والزوج والمولى
لما بينا انه اقر بما يلزمه الى اخره وقال في المبسوط واقرار المراه يصح بثلاثة نفر بالاب والزوج
ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا تقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج
لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لاباءهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان
الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذ الفرض ان الفراش قايم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في
ذلك مقبوله وقد مر في الطلاق **قوله** وقد ذكرنا في اقرار المراه تفصيلا في كتاب الدعوى
يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحه ولا معتده
قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هولا لان الاقرار
شرط صحة تصديقهما خلوها عن زوج اخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها
ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية
بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العده فانها واجبة بعد الموت وهي
من اثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان
الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعده وهذا عندهما وقال ابو حنيفة لا يصح
لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث
لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه
ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقايل ان يعارض
فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العده لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى اول الاقرار ونفسر بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العده لازمة للموت عن نكاح بالاجماع
فجاز ان يتقدر بقيام النكاح المعاين قايما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم له
لجواز ان تكون المراه كتابية فلم يعتبر قايما باعتباره **قال** رحمه الله ومن اقر بنسب من غير
الوالدين ومن اقر باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير واما في الارث فاما ان يكون
له وارث معروف قريبا كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيد كذوي الارحام او لا يكون
فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف
وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيين بالنسب وبالاستحقاق في ماله بعده والاول اقرار
على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند
عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحق الموصى له وتقييد كلامه لا يحتاج الى بيان
قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه منه مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه
صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة
وانه كان المقر احد ابنين لو ثبت النسب ايضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من ان
ان اقراره يتضمن شيين حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت
وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه

اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع
في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه في
الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية **قال**
رحمه الله ومن مات وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على اخر ماية درهم فاقر احدهما ان اباه
قبض منها خمسين لا شي للمقر وللاخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو
الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ويحلف الاخ بالله ما تعلم ان اباه قبض منه الخمسين
ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفا انما يكون بقبض مضمون
على ما مر ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضا عليه من حصته خاصة
فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا اتفاقا
فعورض بان الحر صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهو لا
يجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل
الموت انه لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتبع القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم
المقر فان زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا
على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر
خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون
المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع بغير المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يودي الى عدم الفا
بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشي لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه
لم يقبض شيا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار
فيرجع لتمام حقه ويرجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على فيودي الى الدور ولقايل
ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو في ما
يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشي لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب
ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع ظالما بل طالب لتمام حقه والله اعلم

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي
اصطلاح الفقها عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقا المقدر بتعاطيه وقد بيناه
في التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسياتي تفصيله وركنه الايجاب
مطلقا والقبول في ما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب
الصلح عن ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى
عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن
طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم بالبيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه ملك المدعي
المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل
التمليك والبراه له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراة عن دعوى المدعي
احتمل المصالح عنه التمليك او لا وانواعه بحسب حال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب
وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنه
قال رحمه الله الصلح على ثلاثة اضرب الصلح على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت

بدع

الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل
النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه يتناولها فان
منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما
صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان لا اعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه
ذكر التعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله ان يصالحا
في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم ايّاه بجنسه فان قيل
سلمناه ولكن عرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى دينا على اخر
وصلح من ادعى على امراة نكاحا فانكرت لا يجوز فينصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب
بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع بمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله صلى الله عليه وسلم
كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار
او سكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي لان
المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من قوله
تعالى والصلح خير واول ما رويناه من الحديث وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين
وتاويل الخبر احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا ينتسر كالحمر
او الحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار ناقصه كما لو كان
كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان
حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعضه بعد فعرفنا
ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع
الاقرار فيقتضي جوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة
الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي ياخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع
واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذ المال
وقاية الانفس ودفع الظلم بالرشوة امر جائز لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله
الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا
دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه
فجائز للدافع وتمامه في احكام القران للرازي فان قيل يشكل على هذا اذا ادعى على اخر الف درهم
وهو ينكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى
عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بنا
على زعم المدعي اذ في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس
قال رحمه الله فان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال
اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق
المتعاقدين فتجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده
جهالة المصالح لانها تفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح فيه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه
بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدلية على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم
على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم
والتسليم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على

ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وان اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يسلم على ان يترك الآخر دعواه
او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو
ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه
ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيها الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي
جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل
في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه
التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى
البيع وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل
منفعة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان
قال ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة واذا
وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق
المدعي بمعنى المعاوضة لان المدعي ياخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما انصرف نصفه كيف
ينصرف باخرى يقابلها اجيب بانه يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة
فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امراته التحريم
المؤبد في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه
يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه
دفع تفريغ الذمة وهو الاصل قال رحمه الله واذا صالح عن دار عن انكار او سكوت لا يجب فيها
الشفعة لانه ياخذها اي المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة
على زعمه والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي ياخذها
عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار
كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع
المدعى عليه على المدعي بحصته المستحق من العوض لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم
الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة
على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع
الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض
المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم ادى
بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما ادعى دارا وانكر
المدعى عليه ودفع المدعى الى المدعي ليدع شيئا بطريق الصلح واخذ الدار ثم استحقت فانه لا
يرجع على المدعى عليه بما دفع مع ظهور الاستحقاق بيان ان المال في يده غير مشتمل على عوض الدافع
وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا
استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو في حيزه في دعواه
فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق
بعض المصالح عنه رد المدعي حصته المستحق ورجع بالخصومة على فيه اي في اصل الدعوى
اما رجوعه عليه فلانه قائم مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة

فلا يخلو العوض في هذا العقد من عوض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع
بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان استحق
بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع عن الدعوى في كله
او بعضه بحسب الاستحقاق لان البدل فيه والدعوى هذا اذا لم يذكر لفظ البيع في الصلح اما اذا اجرى كما
اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم
استحق فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لانه لما اقدم المدعى عليه على البيع اقرارا
منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا بدل له الصلح لانه قد يبيع
لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في
الفصلين اي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك المدعي وان كان عن انكار رجع
بالدعوى **قال** رحمه الله وان ادعى حقا في دار هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من
كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها كبيت منها بعينه لم يصح الصلح لان
ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي ونقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي والابراء عن
العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر
الرواية ووجهه ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى
هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم
من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونها اجارة حتى شرط كون المدة
معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول حقه اليه بالاعتبار بدله عينا او منفعة
قال المصنف والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة احد امرين ان يزيد درهما في بدل
الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعوى
في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفي
ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا
وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء عن الضمان لا عن الدعوى و **قوله**
برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات
في تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره
في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل
ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر والله اعلم

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرايطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما
لا يجوز **قال** رحمه الله والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله
على اقرب العقود اليه واشبهها بها احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال
كان في معنى البيع كما مر واذا كان على المنافع بمال كما اذا اوصى بسكنى داره ثم مات وادعى الموصى له سكنى
فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح
عن جناية العمد او الخطأ صح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء وجه الاستدلال ان علي احد
معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطي له في سهوله من اخيه المقتول شيء من المال بطريق
الصلح فاتباع اي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة وادا

اي وعلى المصالح اداء لك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية
القتل العمد واما المعنى الآخر وهو مروي عن عمر وابن عباس فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين
وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا
وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم
بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل الى غير العافي حقه
وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح
قوله وهو بمنزلة النكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى
النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان الكل لا يجوز غيره ولا يورث بخلاف
القصاص **قال** رحمه الله وان ادعى رجل على امراة نكاحا هذا بناء على الاصل الماران الصلح يجب
اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه خلعا
في جانبه بناء على زعمه وبدلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب ووطء الحرام في جانبها فان اقام على
التزوج بينة بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان
مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه
بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امراة على رجل
نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول
ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني انه بذل لها لتترك الدعوى
فان يجعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة
فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواه على حالها لبقاء النكاح في زعمها
فلم يكن ثم شيء يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال
اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه
في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات
ولهذا لا يصح السلم في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز
الا انه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء له صالحه بعد كونه
عبد الله فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا
فصالحه عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا
لا يملك التصرف فيه بيعا والتجار اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي اي
صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لانه نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه
لا يجوز فكذا ههنا اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا
ان المستحق كالزائل عن ملكه فصار كانه مملوك للولي ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اي الصلح كانه
شراؤه وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملكه الصلح وطولب
بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب
حر يدا واكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له
وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفا عنه بيد لفظ العفو
ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح
في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يبق

له ان يتنفل ولا ان يبيعه بشيء لم يتعين كذا هذا قال رحمه الله ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون
مراحل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم
القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة وقالا يبطل الفضل على
قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمي احترازا عن
المثلي فان الصلح على كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع سواء كانت اكثر من قيمته او لا لكن القبض
شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يلزم الكالي بالكالي وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن
الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح
على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا
وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب
حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب
فكان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس
كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس
فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة طريقان احدهما ان المغصوب بعد
الهلاك باق على ملك المالك الا ترى ان حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان
كفن العبد عليه هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان ابق فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك
فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد ولا ربوا بين العبد والدراهم
كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت
حتى ترده فهو الاصل في الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين ليقوم القيمة مقام العين
وكان ذلك ضرورة لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف
الجنس فلا يظهر الفضل فلا يكون ربوا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسالة في القيمي وذكر في الدليل
المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع ان
المثلي حينئذ يصار اليها ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي
لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف
الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة
الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام المغصوب لموصوف بمقابله
المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدية على اكثر من عشرة الاف درهم لم يجز
واجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف على اثره فكان كالدين والدين بالدين حرام ولو صالحه
على ذلك حالا جاز وبان البدل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول
وعورض دليل ابي حنيفة بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك والاستهلاك من الغاصب لم يجز
فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز واجيب بان البيع يقتضي مالا حقيقة لكونه تمليك مال متقوم
بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا يقتضي قيام مال متقوم
حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين الى اخره ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق
من قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه
فيضمن ان كان موسرا او يسعى العبد

باب التبرع والتوكيل

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان

الانسان في العمل لغيره متبرع قال رحمه الله ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكل
رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عن من وكل في رواية المصنف وروى
غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله
تعالى وان اسأتم فلها اي عليها وهذا كما ترى يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه
مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف وتاويل هذه
المسالة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض
فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا اذا ضمنه لانه حينئذ مواخذ بعقد الضمان
لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب
بالمال هو الوكيل دون الموكل وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على اطلاق جواب المختصر وقال
صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لنا في المسالة من قيد اخر وهو ان لا يكون المصالح في المعاوضة
على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح معاوضة باسقاط الحق فيكون
بمنزلة الطلاق بجعل ذلك جاز مع الاجنبي جوازه مع الخصم قال رحمه الله وان صالح عنه
رجل بغير امره وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند
الصلح على مال اما ان قرن بذكر المال الضمان نفسه اولى فالاول هو الوجه الاول والثاني
اما ان اضاف المال الى نفسه اولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما ان يسلم المال المذكور
او لا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن بقي وجهان اخران وهو ان يكون المال المذكور
خاليا عن الاضافة اما معرفا او منكرا وكل منهما اما ان قرن به التسليم او لم يقترن وقد ذكر وجها حكم
المنكر وبقي وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم
المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه اخر اما وجه الاول فانه
اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق
البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الاسقاط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصلح ان يكون اصيلا في هذا
الضمان اذا اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المراة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى
عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا
المصالح شيء من المدعى اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون
ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة واذا سقط لم
يبق شيء فاي شيء يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما
اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لانه في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعي لا
يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا ما في ذمته بما ادى
الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا
كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقر فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان
شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكورة في المتن وهو ظاهر
ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحتك على الف درهم
نفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على الف درهم من دعواك فعلى فلان فانه فيه
يتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه اخر غير ما ذكر في الكتاب
ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

باب الصلح في الدين

ثم ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوي ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص
ابدا يكون بعد العموم **قال** رحمه الله وكل شي وقع عليه الصلح بدل الصلح اذا كان من جنس
ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينه لم يحمل الصلح على المعاوضه بل استيفا الحق
واسقاط الباقي وقيد بعقد المداينه وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح لمن
له على الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمايه وكمن له على اخر الف درهم كذلك
فصالحه على خمسمايه زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتصحح ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة
لافضايه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئله الاولى وللبعض والصفة في الثانيه ولو صالح عنها
على الف موجله صح وحمل على التاخير الذي فيه معنى الاسقاط لانه في جعله معاوضة بيع الدراهم
بمثلها نسئة وهو ربوا فان لم يكن جعله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير موجله لان الدنانير غير
مستحقه بعقد المداينه فيحمل على التاخير فيوثر جعله معاوضة اذ التصرف في الديون في مسايل الصلح
لا يخرج عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسئه فلا يجوز وكذا اذا كان له الف موجل
فصالحه على خمسمايه حالة فانه لا يمكن جعله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفا
استيفا لبعض حقه وهو خير من النسئة لا محالة فيكون خمسمايه في مقابلة خمسمايه مثله من الدين
وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وكان رجلا سال ابن عمر رضي الله عنه
فنهاه عن ذلك ثم ساله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا لان حرمه ربوا النسا ليست الا
لشبهة مبادله المال بالاجل فحقيقته اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمايه بيض
لم يجز ولو كانت بالعكس جاز والاصل ان المستوفي اذا كان ادون من حقه فهو اسقاط كما في العكس
وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقه له فلا يمكن جعله استيفا فكون
معاوضة الالف بخمسمايه وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل اذا كان الف درهم بنهرجة فصالحه
على الف نقد بيت المال فهو اجود من البنهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة اجاب بقوله وخلا
ما اذا صالحه على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل ولا عبرة بالصفة الا انه يعتبر القبض
في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة ما لا كان ربوا كالمسئله الاولى فانها
قوبلت بخمسمايه من السود وهو ربوا واما اذا لم تقع فذلك صرف والجيد والردي فيه سوا
يدا بيد ولو كان عليه الف درهم ومايه دينار فصالحه على مايه درهم حالة او موجله صح
لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مايه ان كانت حالة واسقاطا كذلك
وتاجيلا للباقي ان كانت موجلة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم لان مبنى
الصلح على الحطيطة والحط ههنا اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة **قال** رحمه
الله ومن له على الف درهم ومن له على اخر الف درهم حالة فقال ادا الي غدا منها خمسمايه على انك
بري من الفضل ففعل فهو بري قيل معناه فقيل فهو بري منه في الحال ويجوز ان يكون معناه
فاد اليه ذلك غدا فهو بري من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمايه عاد الالف كما كان في قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لانه ابرا مطلق اذ ليس
فيه ما يبيده الا جعل خمسمايه عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والادا لا يصلح
عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن فيها والادا مستحق عليه لم يستفد
به شي لم يكن يحري وجوده اي وجود جعل الادا عوضا مجرى عدمه فبقي الاطلاق ابرا
مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدا بالابرا بان قال ابراتك عن خمسمايه من الالف على ان تودي

غدا خمسمايه ولهما ان هذا ابرا مقيدا بالشرط والمقيد بالشرط يفوت بفواته اي عند فواته
فان انتفا الشرط ليس علة لانتفا المشروط عندنا لكنه عند انتفايه فانت لبقايه على العدم
الاصلي وموضعه اصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدا باداء خمسمايه في الغد
وانه يصلح عوضا حذارا فلاسه او توسلا الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا من حيث
المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضه لكنه يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابله فيه فان
فيه مقابلة الشرط بالجواب كما كان بين العوضين وقد تعذر الحمل بمعنى المعاوضه فيحمل على
الشرط تصحيحا التصرفه وكانه منهما قول بموجب العله اي سلمنا انه لا يصح ان يكون مقيدا
بالعوض لكن لا ينا في ان يكون مقيدا بوجه اخر وهو الشرط قوله اولانه متعارف معطوف
على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمه على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة
واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بان يكون تعجيل البعض مقيدا لابرا الباقي والمعروف
عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا قوله والابرا مما لا يتقيد
بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به جواب عما يقال تعليق الابرا بالشرط مثل ان يقول لغريم او
كفيل اذا اديت او متى اديت او ان اديت الى خمسمايه فانت بري من الباقي باطل بالاتفاق
والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جايزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما
لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل به ذلك
واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية الزوال ان لم يوجد الشرط وفي
التعليق به الحكم غير ثابت في الحال بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك ان في
الابرا معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق
والعفو عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في ساير التمليكات وتعليق الاسقاط
المحض جايز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه
من شبهة القمار الحرام والابرا له شبه بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا
لا يحتمل التعليق بالشرط عملا لشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد
به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن ثمه حرف الشرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان
مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر قوله كما في الحواله متعلق بقوله
يفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحواله فان براءة المحيل
تتقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله
وسنخرج البداية بالابرا وعد بالجواب عما قال ابو يوسف كما اذا بدا بالابرا واذا تاملت
ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقيه قال صاحب النهايه
في حصر الوجوه على خمسة اذ رب الدين في تعليق الابرا باداء البعض لا يخلو اما ان بدا بالادا
اولا فان بدا به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقا الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفا
بالشرط اولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يبدا بالادا
فلا يخلو اما ان بدا بالابرا ولا فان بدا به فهو الوجه الثالث وان لم يبدا فلا يخلو اما بدا
بحرف الشرط اولا فان لم يبدا ظهر الوجه الرابع فان بدا فهو الخامس اما الوجه الاول فقد
ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني
على ان الثالث اولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابرا حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده وقع

تغاير التقييد والتعليق

تعليق الوطوقات بالخطر جايز وتعليق التقييدات
بالتمليكات به لا يجوز حتى اذا قال لعبده اذا جا
غد فقد اذنت لك في التجاره او اذا جاء غد فقد
وكلتك صح اذا جاء غد وبمثله لو قال لعبده اذا جا
غد فقد حجرت عليك او لوكيله اذا جاء غد فقد
عزلتك عن الوكالة او قال اذا جاء غد فقد ابرا
فانه لا يصح ولو قال اذا جاء غد واهل الاول فانت
لك بينا لا يجوز عند قولهم فكذا التحكيم صلح سيما
وتعليق الصلح بالخطر لا يجوز كما لو قال اذا جاء
غد فقد صالحتك على كذا عند محمد يجوز لا يتعدا
تعليق اطلاق الحكم بالخطر فيصح تعليقه بالشرط
كتقليد القضاء والوكيل وتمامه في ماذون شرح
الطحادي

سروط حلالي

الشك لانه ان كان عوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا يتقيد به وزال
الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه
اذا لم يوقت للادا ومتى ظهر ان اذا البعض لم يكن بغرض لكونه واجبا في مطلق الازمان فلا يصلح
ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم
والخامس تعليق وقد تقدم ان الابرا لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لاخر لا اقر لك بما لك حتى
تؤخره عني او تحط عني بعضه ففعل اي اخر او حط جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين
فلا يتمكن من المطالبة في الحال ان اخر وابرا ان حط لانه ليس بمكره من اقامة البينة او التحليف
لا بقاله هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع
عينا بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا
اما اذا قال علانية فيؤخذ المقر بجميع المال في الحال

فصل في الدين المشترك

اخره بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد **قال** رحمه الله فاذا
كان الدين بين الشريكين اذا كان الدين بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شا
اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شا اخذ نصف الثوب من الشريك الا ان يضمن له شريكه ربع الدين
فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض
احدهما منه شيا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير او غيرهما لان الدين ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد
والثمر وله حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمر والولد لما جاز
تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الاخر اجاب
بقوله لكن المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركته القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة
وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بانه الذي
يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيد الصفقة
بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين شريكين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الاخر نصيبه منه
بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيا لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لان نصيب
كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب اخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم
ينبغي ان لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان نزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة
بشرط ان يتساويا في قدر الثمن وصفقة لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مائة
ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما شيا لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البايعين
كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون
نصيبه خمسمائة بخته ونصيب الاخر خمسمائة سود لم يكن للاخر ان يشاركه فيما قبضه لان التسمية
تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الاخر وصفا ولعل المصنف انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو
في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال الذاعي فاهذا ويرد عليه مسئلة الكتاب هذا
اذا كان صالح على شي ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا
من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقا الباقي على ما كان من
الشركة رحمه الله ولو اشترى احدهما نصيبه ولو اشترى احدهما نصيبه من الدين
ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الثوب الدين وليس الشريك مخيرا ابرد فع ربع الدين ونصف الثوب

كما

كما اذا كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشرا الثوب وما كان له على الغريم
كملا اي من غير حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف
الصلح لان مبناه على ذلك فلو الزمناه في الصلح بتضمين ربع الدين البتة يتضرر فيخير القابض كما ذكرنا من
قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل
هب انه ملكه بعقده كان يبعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله
والاستيفا بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفا لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن
بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند
العقد ان تحققت لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا يتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة
اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر لها واما الصلح فليس
يلزم له في ذمة المصالح شي تقع المقاصة به فتعين ان يكون الماخوذ من الدين المشترك وكان للشريك سبيل
من المشاركة وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفا نصيبه
من النقود وشرا السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة
لكن له المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا ينقلب ما له عليه بانه حلف باطل فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم
توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلاثة لانه رضي بالتسليم لتسلم له ما في ذمة الغريم
ولم يسلم كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين
دين للغريم قبل الدين المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بنا على ان اخر
الدينين يقضي باولهما اذ العكس يستلزم القضا قبل الوجوب والقضا لا يسبقه ولو ابراه عن نصيبه
فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما
على المديون عشرون درهما فابرا احد الشريكين عن نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة
ولو اخر احدهما عن احد نصيبه صح عند ابي يوسف خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة
الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابي يوسف وذلك يجوز ان يكون
المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي حنيفة ابو يوسف اعتبر التاخير لكونه ابراء موقتا بالابرا
المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الاخر باتصاف احدهما بالحلول
والاخر بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز
بعضه عن بعض ولقايل ان يقول بتاخير البعض هل يتميز احد النصيبين عن الاخر اولا فان تميز
بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين لاستلزام
التاخير الامتياز فان قيل فقد جوزنا ابرا احدهما عن نصيبه وذكر الابرا يوجب التمييز بكونه مطلوبا
وبعضه لا فيما يستقبل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في
صورة الابرا بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان ان القسمة امرا وجوديا لزم ما ذكرتم وانما هي رفع
الاشتراك والاتحاد او ما سبب قسمة ذلك وذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين وليس
ذلك في صورة الابرا بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا وجوديا لزم ما ذكرتم وانما هي رفع الا
ادا الاتحاد او ما سبب قسمة وذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة
افراز احد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الاخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة
وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه
شرا فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص بقدره في الدين وهو اخر الدينين

نفيا للاول وكذا اذا استاجر من الغريم بنصيبه دارا او سكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار
مقتضيا بنصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لانه ما عدا منافع البضع من المنافع جعل
مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق خلافا لابي يوسف وصورته ما اذا رمي
النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيب المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان
للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب
والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف انه
متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جني على نفس المديون
حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للاخر ان يرجع عليه بشي فكذا اذا جني بالاحراق واذا تزوج بنصيبه
من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه بقبض من حصته شيا مضمونا يقبل الشركة
فانه يملك البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروي بشر عن ابي
يوسف انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو علة معنى فيكون دين المهر الواجب
للمراة اخر الدينين فيصير قضا للاول فيتحقق القضا والاقتضا والصلح على نصيبه بجناية العمد كالاتلاف
كالتزوج بدلا لانه لم يقبض شيا قابلا للشركة بل اتلف نفسه قبل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطا
يرجع عليه واطلق في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم لشريكه شي لان
الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح واري انه قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا
قال رحمه الله واذا كان السلم بين الشريكين اذا اسلم رجلان في كر حنطة فصالح احدهما مع المسلم
اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله الا باجازة الاخر فان اجاز وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما
وان لم يجزه فالصلح باطل وقال ابو يوسف رحمه الله جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح
المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الاخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون
بنفسه لذلك ههنا وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ للعقد
السلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجهان احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصيبين
فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة
وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الاخر لنا وله بعض نصيبه قوله بخلاف شرا العين
جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شرا العبد وتقريره بخلاف شرا العين فاما اذا اخذنا فيه الشق
الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين قبل القبض واستظهر المصنف
بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بالعقد السلم والعقد
قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من راس المال لان الصفقة
واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث
لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود
في الدين المشترك اذا استوفي احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم
وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه بدون ان يتقدم المبدل
بسقوطه بل تقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي
السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد سبب قالوا اي المتاخرون من مشايخنا هذا
الاختلاف بين علمائنا انما هو اذا خلطا راس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو

علي

على الاختلاف ايضا وهو لا نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلم ينفرد احدهما برفعه ولا فرق
في ذلك بين ان يكون راس المال مخلوطا او غيره وقال اخرون انه على الاتفاق في الجواز وهو لا نظروا
الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار ركتهما في المقبوض ولا
مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من راس المال ومنشا الخلاف المتاخرين في ان اختلاف
المتقدمين في صورة خلط راس المال وعلى الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط
وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط ان الاخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف
ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق قيل وليس بسديد لان الموجب
للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما اخلطا ولم يخلطا والله اعلم

التخارج من الخروج وهو ان تصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه
التاخير قلة وقوعه فانه قلما يرضي احد بان يخرج من البين بغير استيفا حقه وسببه طلب الخارج
من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شروط تذكر في اثنا الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في
مختصر الضوء والرسالة **قال** رحمه الله واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا واذا كانت
التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قل ما
اعطوه او كثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود وكان هناك شرط سنذكره وهذا لانه
امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الكثير ولو يصح جعله ابرا لان الابرا عن الاعيان غير المضمونة
لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع
اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى
البيع وهذا لا يحتاج الى تسليم فلا تفضي الى المنازعة فصار كمن اقر انه غصب من فلان شيا
واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان
وهو ما روي محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدي نسا عبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان
طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر
وكانت له اربع نسوة واولاد فخصها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا فصالحوها
على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين الفا
ولم يبين ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة
فضة فاعطوه ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر
التقابض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده
يكفي بذلك القبض لان القبض السابق لانه قبض ضمان مسنون عن قبض الصلح والاصل في
ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب احدهما مناب الاخر واما اذا
اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان الذي في يده بعينها مقرا فانه لا
بد من تجديد القبض وهو الانتها الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض
الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على احد النقدين فلا يكون ما اعطوه
اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة كان مساويا
لنصيبه او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض

واذا كان اقل يلزم زيادة العروض ونقص الدراهم واذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه
بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب
والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من الدراهم حالة
التصادق واما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة كونها زوجة فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر
والميراث جاز لان المدفوع اليه حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك
ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل او كثر وجد التقابض في المجلس او لا ولو كانت
التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع
لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا **قال** رحمه الله واذا كان في التركة دين على الناس
واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عن الدين ويكون الدين
لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين
وهو حصة المصالح واما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز ان يشترطوا ان يبرأ
منه ولا يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو
جائز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في
الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم
بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان يقرضوا مقدار نصيبه ثم
يصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين
واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الشيخ الامام
ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل وموزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح
او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان
فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ولو
كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون او غير
ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا ولا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن العين لا يجوز
واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام
المصالح عنه في يد بقية الورثة فلا ثمة احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض
التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما
ان يكون مستغرقا او غيره ففي الاول لا يجوز الصلح والقسمة لان الوارث لم يتملك التركة
والثاني لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز واما
القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع
ملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه
القياس ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فيقسم نفيا للضرورة عن الورثة والله اعلم

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب
في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا لطلب الربح قال الله
تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال
الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا ومشروعيتها للحاجة اليها فان الناس

بين

بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد اي خالي اليد عن المال
فكان في شرعيتها انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى
ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدر بتعاطيها وركنها استعمال
الفاظ تدل على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة
او خذ هذا المال او اعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها انواع نذكرها وهي ما تبطل
العقد بفواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة
عند الدفع والشركة بعد الربح قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم بيان ان ثبوتها
بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يباشرونه فقررهم على ما روى
ان العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا
وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم امر مجانبة من اقسام
السنة على ما علم وتعاملت به الصحابة من غير نكير فكان اجماعا **قال** رحمه الله
ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده المدفوع الى المضارب من المال امانة في يده
لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة
كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه
فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله وهو شائع فيشركه فاذا فسدت ظهرت
الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيستوجب ما شرط من الربح كالاجرة على عمله
فلهذا اظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب اجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات
واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره **قال** رحمه الله المضاربة
عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد
على الشركة ولم يعلم ان الشركة فيما ذا فسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح
اي لا في راس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من
جانب المضارب ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد
بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا ترى ان الربح
لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تجوز المضاربة
الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو ان يكون راس المال دراهم او دنانير عند ابي
حنيفة وابي يوسف او فلوسا رائجة عند محمد وما سواها لا يجوز وقد تقدم
في كتاب الشركة ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد
المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة
بالراء المهملة والاجازة بالزاي المعجمة وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل
فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا
قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة
بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه لا يجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع
اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع
اي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر الف درهم

وامره ان يشتري بها هذا العبد الى اخره واذا لم يبح كان المشتري للمشتري والدين عليه
واذا اذن المشتري للمشتري كان راس مال المضاربة مال المضاربة من مال المضارب
وهو لا يصح واما عندهما فان التوكيل يصح ولكن يقع الملك فيه للمشتري للامر فيصير مضاربة
كما ولا يجوز ذلك قال رحمه الله ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا ومن شرط
المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه ان لا يستحق احدهما دراهم من الربح مسماة
لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشي مناف له واذا انتفت
احد المتنافيين انتفى الاخر ثم فسر ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة دراهم فله اجر مثله
لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا اي وجوب اجر المثل لانه
عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت
بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لانه نماء ملكه فتعين اجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك
في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف قيل والمراد
بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه
وقال محمد يجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه اجير
واجرة الاجير تجب بتسليم المنافع كما في اجير الواحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه او بتسليم
العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف لا يجب له شي اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا مع انها فوق الفاسدة ففي الفاسدة اولى فان قيل
ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد يوخذ حكمه من الصحيح
من جنسه كما في البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل
انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة والاجارة الفاسدة تنعقد اجارة
فيعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما
عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين احدهما الاعتبار بالجائزة والثاني
ان راس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير
الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكنه ان يوجر نفسه في ذلك الوقت
لاخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجر المستاجرين في الواحد كما لا يمكن لاجير الوحد
ان يوجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا
قول ابي حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يكون التحرز عنه وهذا قول الطحاوي
وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ المال بهذا الطريق من غير واحد
واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة خلافا لهما
قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه اخذ حكم
المضاربة والمال في يد المضارب صحت او فسدت امانة لانه لما قصد ان يكون المال بعده مضاربة
فقد قصد ان يكون امينا وله ولاية جعله امينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها
ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جملي فقال كل شرط يوجب جهالة
في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرطا ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او
ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد لاختلاف مقصوده وهو الربح في الصورتين المذكورتين
جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة المال والارض فكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك

من الشروط الفاسدة لا يفسدها او يفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال اسم لجزء هالك من
المال ولا يجوز ان يلزم غير رب المال ولما لم توجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة فان قيل شرط العمل على
رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي فلم يكن القاعدة مطردة
والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب
المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشي عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير
وقوله بعد هذا مخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه قال
رحمه الله ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال
فيه بتصرف او عمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة
لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء
يد غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة
وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فلا يتحقق
المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع ماله وليه او وصيه ماله
بضاعة مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم
الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه
فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان
يكون من اهل المضاربة في ذلك المال او لا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير
مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالا
كذلك اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائز وان كان الثاني كالماذون له اذا دفع المال
مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع
الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة قال رحمه الله واذا صحت المضاربة
مطلقة المراد بالمطلقة ما لا يتقيد بزمان ولا مكان نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال
مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر
التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم
جميع صنوفها ويصنع ما هو من صنع التجارة لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع
لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في
الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك
من غير ضرورة وان دفع اليه في بلد المضاربة ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة
وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الى بلده وله ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في
الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل
الرضى بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسا
فرة لانها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل
برايك لان الشي لا يتضمن مثله ولا يرد جواز الاذن للماذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب
الاجارة للمستاجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما
يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا
وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب

جنى
جع
و رثة
فرغ

عن الباقي يجيء في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهما دونه فيتضمنهما وبخلاف
الاقراض فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع
التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو
الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بماله نفسه فمن
صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برايك فان قيل اذا كانت
المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعددت جهة الجواز فينبغي ان يترجح
على جهة العدم اجيب بان الكلام من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يترجح على غيرها بها
كما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوز
بها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة
من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف
البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها
توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرج بها من تلك البلدة لانه اذا لم
يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى
ضمن وكان المشترى وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر
ورده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال
مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة
يدل على انها زايلة وان ازال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه
الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم تزل لان الخلاف انما يتحقق بالشرا والعرض خلافه
وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا
موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج وان اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج
البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على
المضاربة لما قلنا من البقا في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعض فيه وببعض
اخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه
في ذلك القدر وما بقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا للبعض بالمال
انتفا حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب
ان الحرم معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان
وقد اشرنا الى اختلاف روايتي الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف والصحيح ان
بالشرا يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان
فوجوبه بنفس الاخراج واما شرط الشرا يعني في الجامع الصغير للتقرر لا لاصل الوجوب
وهذا الخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر
مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق
ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه وتوقيت بما لو قال على ان تبيع
بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على اصله وهو ان
القيد المفيد من كل وجه يعتبر وغيره كذلك لغو والمقيد من وجه دون وجه يعتبر عند
النهي الصريح ويلغو عند السكوت عنه والاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم

والثاني

والثاني لصورة النقض فان البيع نقدا يتمركا لان ثمن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا
واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة
حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط على المودع الحفظ في محلة ليس له ان يحفظ في غير
وقد تختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين
اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفا في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة
فاعتبر باعتبار حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه قال رحمه الله
ومعنى التخصيص ذكر الفاظ تدل على التخصيص وتقدير كلامه ومعنى التخصيص يحصل
بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على
التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها تقييد واثنان منها بغير مشورة
والضابط للتمييز ما تقيد التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضا
كلاما لا يصح الابتدا به ويصح متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح الابتدا به لم
يجعل متعلقا بما تقدم لانتفا الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا
او في مكان كذا وقال خذه وتعمل به بالكوفة مجزوما ومرفوعا وكلام المصنف يحتملهما او قال
فاعمل به بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف لان قوله تعمل بالرفع يعطي
معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتدا به بحيث لا يصح ان يبتدا بعمله على ان تعمل
كذا او بقوله ويقوله تعمل في الكوفة او بغيرهما وهو واضح لكونه لكنه يصح جعله متعلقا
بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطا والمقيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر
وقوله يعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في
معناه لان الفا فيها للوصل والتعقيب والمنفصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله
خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق ومقتضى الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال
ملصقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف
اعمل بالكوفة ولغيره او وبه اعقب ما يصح الابتدا به اما بغير الواو فلانه مما يجوز الابتدا
به فاعتبر كلاما مبتدا فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا يجعل
واو الحال كما في قوله ادّ الي الفا وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان
العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري من فلان وتبيع
منه صح التقييد لكونه يفيد الزيادة الحقه به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات
قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة
من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فايدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان
وهو الكوفة واذا اشترى به فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفايدة الثاني التقييد
بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره قوله وهذا المراد عرفا لا فيما ورا ذلك
يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال
ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون شراؤه من كوفي لا
من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف
والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بهما

ولما لم يجر المعاملة في العرف لشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد نوع المعروف وقد حصل ذلك وقوله وكذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان قال رحمه الله وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال بقرابة او غيرها كالمحلوف عليه بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة اخرى وذلك لا يتحقق في شري القريب لعتقه فالعتق لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل يشتري عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة خصوصا لوكان لمقصود الموكل وقيده بقوله اشتر لي عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شرا ما لا يملك بالقبض كالخمر والشرا بالميتة لانتفا التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشرا متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احترازا عن الصبي والعبد المحجور فان شراهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البايع ويرجع البايع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضي بمال المضاربة دينا عليه واما شرا من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان يكون في المال ربح او لا فان كان لم يجز له ان يشتري لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفا جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزي الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن اذا كان نقد الثمن من المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفا المانع من التصرف حيث لا شركة له فيه فان ازدادت قيمتهم بعد الشرا عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة اي نصيبه من الربح بامر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامراة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو راس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبس مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة قال رحمه الله وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطيها فجات بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شا رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شا اعتقه ولا يضمن المضارب شيا وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو لسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من اهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البايع ثم باعها منه فوطيها فعلقت منه لكنه اي الادعا لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم

طهور

ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل واحد منهما يساوي الفا راس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال قبل الولد فينبغي لذلك ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح اجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها راس المال فان راس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى لذلك من الاخر فاشتغلا براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناسا مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة واذا اعتبر جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا براس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار راس المال نفذ ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشا العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار فجاز ان يكون ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيا لان عتقه ثبت بالنسب والملك احدهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا اصله مسالة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين الاخرين من الاستسعا والاعتاق فان شا استسعاه لاحتباس ماليته عنده نفسه وان شا اعتق لكونه قابلا للعتق حال المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق براس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار وقيل لم يجعل الجارية راس المال والولد كله ربحا واجيب بان ما يجب على الولد بالسعاية من جنس راس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لراس المال انسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية راس المال وقد عتقت اي بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس راس المال ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف الماخوذ من الولد استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفا على الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد ملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ اخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق

بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الي قوله لان عتقه بالسبب والملك اخرهما ولاصنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربه لانه بدل المنافع فصار كالكسب والله اعلم

باب المضارب يضارب مضاربة

المضاربة مركبة فاخرها عن المفرده اختلف علماونا في موجب الضمان علي المضارب اذا دفع المال الي غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال فروي الحسن عن ابي حنيفة انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتي يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع علي سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس علي وجه الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس علي وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعي اي موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اي وجوب الضمان علي الاول وعليهما بالربح او العمل علي ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة واطلق القول ليتناول كلا منهما فاما الاولي اذا كانت فاسدة او الثانيه او كليهما جميعا لم يضمن الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولي فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان لان مبناها علي الاولي فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد بجواز الثانيه حينئذ ما يكون جايزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما يجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح ونصف الربح ومايه مثلا وللثاني نصفه قوله ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الاول ولم يذكر الثاني قيل اختيار منه لقوله من قال من المشايخ ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء علي اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني في هذه المسله بالاجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانيه لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع علي وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع علي الاول بالعقد اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعترض بانه كلام متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في الابتدا مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة فلا تناقض بينهما حينئذ ولانه مغرور من جهته في ضمان العقد فان الاول تدغرم والثاني اعتمد قوله في ضمان عقد المعاوضة والمغرور في ضمان العقد يرجع علي

العار

العار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما علي ما شرط لان قرار الضمان علي الاول فكانه ضمنه ابتدا ويطيب للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه وللاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعري عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه ويتصدق به قال رحمه الله فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف هذه المسايل الي اخرها ظاهره لا يحتاج فيها الي شرح وانما قال يطيب لهما ذلك اي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيا فقد باشر العقد بين الاثنين لانه لو ابضع المال مع غيره او اوضعه رب المال حتي ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غرة في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لاخر هذه الطريق امن فاسلكه ولم يكن امنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه قوله لما كان للمضاربة بعد ادخال عقد المضارب او رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل علي حدة فقال واذا شرط لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه علي ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جايز فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيا لعبد المضارب والاجنبي ولنبين ذلك باحترازا عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي علي ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال وبالعمل ولم يوجد من ذلك شي قوله علي ان يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما ان يكون علي العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سوا كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلي قول ابي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عند ابي حنيفة اذا كان علي العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاية وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرط ان يعمل العبد وهو المذكور صريحا فهو جايز علي ما شرطا سوا كان علي العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا اي ولان للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولي ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له يجوز بيع المولي من عبده الماذون يعني اذا كان مديونا علي ما سيجي واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل علي رب المال لانه مانع من التسليم علي ما مر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولي لان كسب العبد للمولي اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرما هذا اذا كان العاقد هو المولي ولو عقد الماذون الي اخره ظاهر والله اعلم قوله في العزل والقسمة لما كان فرع بيان حكم المضاربة والربح الا اسراني ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال رحمه الله

رب

واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة اذا مات رب المال والمضارب بطلت المضاربة لانه
توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد
اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشرا وهلك في يده
بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعد ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا
لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان
توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب
عن ذلك كله سياتي واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما
واما اذا عاد مسلما قبل القضا او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضا فلانه بمنزلة الغيبة
وذلك لا يوجب بطلان المضاربة واما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف
تصرف المضارب عند ابي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه
وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها
في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل
من ذلك جايز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالادمية والتمييز ولا خلل في ذلك
والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف صرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال
لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة حلا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى تكون على رب المال في
قول ابي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي
المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشرا وفي قول ابي يوسف ومحمد حاله في التصرف بعد الردة مثله قبلها
فالعهدة عليه ويرجع على رب المال **قال** رحمه الله واذا عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال
المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع صح تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف
على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى لو نهاه
عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان لحقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة
والقسمة تبتني على راس المال بتمييزه وراس المال انما يتميز اي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيا
لا يجوز ان يشتري بالثمن شيا اخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة راس المال وقد اندفعت حيث
صارت نقدا فيعمل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير فقد نضت فلم يجز له ان يتصرف فيها
لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المصنف
هذا الذي ذكره ان كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير
او على القلب له ان يبيعه بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض
قوله وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب ففي كل
موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا
تفاوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضا
لكونه بمنزلة الاجير واجرة الربح وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع
لا يجبر على ايفا ما تبرع به فان قيل رد راس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض
وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بانا لا نسلم الرد واجب وانما الواجب عليه رفع
يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضا فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولا بد له من ذلك لان
حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله

وكل

وكل والمراد به الوكالة فكان في الكلام استعارة وتجوزها معروفة وهو اشتمالها على النقل
وانما فسره بذلك لان احل وربما توهم ان راس المال دين في ذمة المضارب وليس كذا وعلى هذا
سائر الوكلا لان بيعي الوكيل اذا باع والمعزله يقال له وكل الموكل بالاقتضا واما البياع والسمسار
وهو الذي يعمل للغير بيعا او شرى فانهما يجبران على التقاضي لانهما يعملان بالاجر عادة واذا وصل
اليه اجره اجبر على تمام عمله واستيجاره فلما يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شرا شي فقد استوجر
على ما لا يستقل به لان الشرى لا يتم الا بمساعدة البايع على بيعه وقد يساعده وقد يتم بكلمة
وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يامر بالبيع والشرا ولم يشترط
له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد
قال رحمه الله وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين
قبل وصول راس المال الى رب المال قال صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه
حتى يسلم له راس ماله فكذا المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزايمه او قال فرايضه ولان راس المال
اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شي استكمل من الربح فان زاد الهلاك
على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما ترادا لان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما اعد
لراس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذه كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين
ان المقسوم راس المال **فصل** فيما يفعله المضارب ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره
في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية افعال المضاربة
بالاعادة **قال** رحمه الله ويجوز للمضارب ما كان من صنيع التجار يعني وله اطلاق العقد
لجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا
باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع
التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا
في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له شرا السفينة والدواب اذا اشترى
طعاما يحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز اما اذا كان للحمل
فهو ساكت عنه وله ان يستكريها اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار
فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان ياذن
لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن
رستم روى عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما
ان الماذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة
ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعوضه
ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه
من صنيع التجار فجعل تاجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر
الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته واما عند ابي يوسف فلان
المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة فالاه وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب
الحوالة جاز سواء كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه اقال العقد مع الاول ثم باعه
بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي حيث لا يحتال بمال
اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد ان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب

بانواعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة لان
التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه
جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه
كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة **قال** رحمه الله فان دفع شيا من
مال المضاربة الى رب المال فان دفع شيا الى رب المال من مال المضاربة بضاعة فاشترى
به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر فان رب المال تصرف في مال نفسه بغير
توكيل اذ لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتدا ولنا
ان الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل ورب المال
صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال
اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتدا لانه يمنع
التخلية فان قيل رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل
لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجاب بقوله بخلاف ما اذا دفع المال
الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال اما
انه يصير بالتخلية كالاجنبي اولى فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز
الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله
جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة
فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم
تصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى وكلام المصنف
يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال شيا من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل
لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضارب لان رب
المال ان اخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان راس
المال نقدا فهو نقض المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه وكان رب
المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار راس المال عرضا لا يكون نقضا
لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضا لم يعمل فهذا اولى **قال** رحمه الله واذا عمل المضارب في
المصر فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة
الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره وبمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد هولاء
النفقة في المال الذي يعمل به الا انا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع
بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستاجر وذلك يحصل له
بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل
وقد لا يحصل فلو انفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيا للنفقة
وهو مسافر فقدم وبقي معه شي منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل
معه شي من النفقة بعد الرجوع وجعل الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح
فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه
اذ ذاك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شرا او كرا كل ذلك
بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات تثمير المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف

الدابة والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسخ ماشيا في حوائجه بعد الصبا
ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدوا يدخل في ذلك في غير
ظاهر الرواية لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكر في الكتاب **قال** رحمه الله واذا ربح اخذ
رب المال يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح ياخذ رب المال راس المال ما انفقه كاملا فيكون
النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال فاذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا فاذا باع المضارب
المتاع بعد ما انفق مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار ولا
يحتسب ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها
او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه
كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وساير الالوان كالحمرة
الا السواد عند ابي حنيفة لان الصبغ عين قايم بالثوب فكان شريكا خلط ماله بمال المضاربة وقوله
اعمل برايك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ بقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا
وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن
الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما قيمة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة
بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قايم بالثوب ولم يزد به شي ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة
به ضاع فعله وكان للمالك ان ياخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان يعطي
ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض
يوم صبغه ويترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه فان قيل المضارب
لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب
بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار
شريكا فلم يكن غاصبا فلم يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون له
فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا
لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك **فصل اخر** هذه
مسايل متفرقة تتعلق بمسايل المضاربة فذكرها في فصل على حدة **قال** رحمه الله فان كان معه الف ما
ذكره المصنف واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للبايع بسبب هلاك مال المضاربة
غير مانع لها والمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبايع بسبب هلاكه
مانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها بزا
فهو مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسماية فاذا اشترى جارية بالفين ودفع
ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو
خمسماية والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملكه
خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين فيكون الضمان منافيا لها ولو ابقينا
نصيبه على المضاربة لابطلنا ما غرم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس المال فيصير مضاربا بالنسيه
وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية باربعة الاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت
ثلاثة الاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال ملايم المضاربة ولا يقبح ما يضمن بل يلحق براس
المال واذا كان كذلك كان راس المال في ذلك الفين وخمسماية والخمسماية ربح بينهما نصفين
قوله وان كان معه الف معناه واضح وقوله لتغاير المقاصد لان مقصود رب المال الوضو

الى الالف مع بقا العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة العدم
اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به الغالم بكن في ملكه
والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمس مائة لثبوته من كل وجه
والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله قوله فان كان معه بالنصف
فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطا كان الدفع والفدا اليهما فان دفعاه بطلت
المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلثة ارباع الفدا على رب المال وربعه على المضارب
لان الفدا مونة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا لان راس المال لما صار عينا واحدا
ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه والف وهو راس المال وقيد العين
بالوحدة احترازا عما اذا كان عبدين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه
خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة
ومال المضارب امانة واما نصيب رب المال فلقضا القاضي بانقسام الفدا عليهما فانه يتضمن
انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفدا ما يخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة المضاربة
بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك
لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والدفع والفدا ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله
ولان العبد كالزايل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك
ويدفع الفدا كابتدا الشرا فيكون العبد بينهما ارباعا فاخرجاه عن المضاربة بخدم المضارب يوما ورب المال
ثلثة ايام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة ويعني ما اذا ضاع الالفان
التحديد فان العبد فيها على المضاربة فان كان معه الف فاشترى بها عبدا وهلكت قبل النقد الى البايع
رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون راس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده امانة
وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من
الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا لان الاستيفا انما يكون بقبض مضمون وقبض
المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع
على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البايع بخلاف الوكيل
اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشرا وهلك بعد الشرا فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل
مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب
فانه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر
امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد تقدم على قبض الامانة فيجوز الاعتبار
جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين
متنافيين ولو غصب الغاصب المغصوب منه الغاصب وجعل راس المال المغصوب كان
كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوته يحتاج الى فرق ذا نفعا للتحكم
ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن
ان يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت
بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف اخرى
اصلا واما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح وحمله
على الاستيفا يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البايع

فضرره

فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري **قوله** ولو غصب الفا اخرى لم يثبت فيه
رواية يحوج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى
الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع
اصلا وكلامه فيه واضح والله اعلم

فصل في الاختلاف

اخر هذا الفصل عما قبله
لانه في الاختلاف وهو الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين **قال** رحمه الله وان
كان مع المضارب الفان الخ اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار راس المال مثل
ان يقول المضارب ومعه الفان دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت اليك
الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر
لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان
الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب
او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك اي مع
الاختلاف في راس المال مثل ان يقول رب المال راس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال
المضارب راس المال الف والمشروط نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني وفي راس
المال للمضارب كما كان اما في راس المال فلما مر من الدليل واما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط
وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيدك بضاعة كان القول له
فكذا اذا انكر الزيادة فايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما
ادعى من الفضل في راس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات
للاثبات واذا كان في راس المال كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة لفلان
بالنصف وقد ربحت الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي
عليه تقويم عمله بمقابلة الربح او شرطا في جهته بمقابلة الربح او الشركة فيه وهو ينكر
ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة
للمضارب لانه يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال
ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التملك
ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن
ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال اما اذا انكر الخصوص
فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نهيا
له عن العموم وله ان ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فههنا اولى وان
كان بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه
فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه
لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى
العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص للتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة
واذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد
منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة
بينة المضارب **قال** المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة
واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الاخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج

الي البينة واجيب بان اقامة البينة علي صحة تصرفه وبلزمها نفي الضمان فاقام المصنف
اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار
الاخر فلا يحتاج الي بينة ولو وقت البينتان وقتا فصاحب التوقيت الاخير اولي لان اخر
الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا علي السوا او وقتت احداهما دون الاخري
فالسعة لرب المال لانه تعذر القضا بهما معا للاستحالة وعلي التعاقب لعدم الشهادة علي
ذلك واذا تعذر القضا بهما يعمل ببينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله اعلم

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة
والاجارة للتناسب بالترقي من الادني الي الاعلا لان الوديعة امانة بلا تمليك شي وفي العارية
تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض
وهي اعلا من الهبة لانه عقد لازم واللازم اقوي واعلا مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها
علي بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله واستجابة الاجر والثنا علي ذلك وسببه
تعلق البقا المقدر بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا ومشروعيته بقوله
تعالي ان الله يامركم ان تودوا الامانات الي اهلها باطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت
الوديعة بها لانها تترك بيد امين وفي الاصطلاح التسليط علي حفظ المال وركنها اودعتك
هذا المال او ما قام مقامها فعلا كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فان من
وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب هذا الثوب ثم غاب
الاخر وترك الثوب ثمه فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا
لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشي بدون اثبات اليد غير متصور
فايداع الطير في الهوي والعبد الابق غير صحيح وحكمها كون المال امانة عنده قال رحمه
الله الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط علي
الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح
في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم علي الاخص والوديعة امانة في يد
المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله صلي الله عليه وسلم ليس علي المستعير غير المغل ضمان ولا علي المستودع
غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام وقيل
فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث انه قول شريح ليس بحديث مرفوع واجيب بانه
مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلي الله عليه وسلم ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا
المودع لامتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح وللمودع ان يحفظها بنفسه ومن
في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المراة اذا اودع
عندها شي جاز لها ان تدفع الي زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم تكن في نفقته
وترك الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم من في عياله الخيانة فان علم ذلك
وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم يكن له بد من الدفع اليهم لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره علي الوجه
الذي يحفظ مال نفسه وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا
قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الي وكيله وهو ليس في
عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان علي الوديعة كذلك قوله ولانه دليل

اخر علي ذلك وهو انه اي المودع لا يجد بدا من ذلك اي من الدفع الي عياله لانه لا يمكنه ملازمة
بيته ولا محاله ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا به
فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بالغ
نقلها من بيته واودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال ان الايدي
تختلف في الامانة قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره علي الوجه الذي
مال نفسه لان المودع يجوز له ان يستودع ماله عند غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة
ايضا وخطاوه ظاهر لان قوله الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره لا يدل علي جواز الايداع
لان الايداع استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشي لا يتضمن مثله وقد تقدم ما يرد عليه من النقض
بالمستعير والعبد الماذون والمكاتب فان لهم ولايه فعل ما تقبل بهم والوعد بالجواب في مظانها
ولا باس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والماذون يتصرف بحكم المالك وكذلك
المكاتب فيملك كل منهم التمليك والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا
استاجره فيكون حافظا حرز نفسه قوله الا ان يقع في داره حريق استثنا من قوله فان
حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الي جاره او الالقا الي سفينة اخري طريقا للحفظ
فيكون مرضي المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد
تحقق السبب وهو التسليم والالقا فصار كدعوي الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال
في المنتقي اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة قال رحمه الله فان طلبها صاحبها فحبسها
المودع وهو قادر وهو يقدر علي تسليمها ضمنها اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو
قادر علي التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضي به المودع فاذا طلبه
لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخلط النافي للتمييز يتعذر فيوجب الضمان
ويقطع الشركة عند ابي حنيفة وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شا كخلط الدراهم البيض بمثلها
والحنطة والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فلا تعذر الوصول الي حقه صورة
وامكنه معني بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الي ايهما شا ولابي
حنيفة انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الي عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله
وامكنه معني غير صحيح لانه بالقسمة وهي من احكام الشركة فلا تصلح موجبة لها لئلا ينقلب المعلول
علة ولو ابرا المالك الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط
وعندهما يسقط خيره الضمان لتعين الدين لتصرف الابرا اليه فتنتفي الشركة في المخلوط والخلط المايع
بغير الجنس كخلط الخل بالحا المهملة وهو دهن السمسم بالزيت او الزيتون صار مذهبهما كمذهب ابي حنيفة
فيوجب انقطاع حق المالك الي الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة وهو ظاهر ومعني لتعذر
القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس
ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح وقوله
في الصحيح احترازا عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان علي
الاختلاف المذكور لان احدهما لا يخلو عن الحبات للاخر فيتعذر التمييز صورة ومعني والخلط
المايع بجنسه اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا
للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزا وعند محمد شركه
بكل حال اي سوا كان الخليط الخلط بالقليل او بغيره لان الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع

اذا جمع بين امراتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظيره خلط
الدراهم بمثلها اذابه لصيرورته مائعا بالاذابه وان انخلطتا بمال المودع من غير فعله كما لو انشق
الكيسان فاختلطا صارا شريكين لانه لم يصنع شيا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض
كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع
بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض بخلطه الانفاق فاجعل
الرد قضا لا خلطا لعدم التفرد بالقضا بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد ما انفق كان ضامنا لما انفق
دون ما بقي منها لبقا الحفظ فيه وبما انفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام
فيه وان اخذ لينفق ثم بدا له فرده الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان اخذه لم يتناف الحفظ
وبمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل **قال** رحمه الله واذا تعدى
المودع في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي
فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرا عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا
لان الوديعة لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرا الا
بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقا المامور به وهو الحفظ على وجه
الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو امانة بالمخالفة والثابت
بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى ما انعقد
ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون مامورا به وامر الحفظ وما
هذا شانه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرا كالجحود عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف
بعد الجحود واجيب بانا لا نسلم ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان بطلان الشي انما يكون
بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا ينافيه
الا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال يصح ابتدا بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل بخلاف
الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون ردا للقول مثله الا ترى ان الجحود في اوامر الشرع
رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة او صوم مامور به ليس برد ولهذا لا يكفر بها قوله كما اذا
استاجره نظير لمسئلة الوديعة بالاستيجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما
اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات
ولم يخرج بذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقا كونه امينا باعتبار
ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم وغير
اللازم في الانتقاض بعد تسليم المعقود عليه سوا بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة
ينقض بعد تسليم المعقود عليه ثم في الاستيجار ورد المعقود على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة
تحدث شيا فشيا فترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا لبقا المعقود عليه
كذا في الحفظ بعد بغيره وقوله فيحصل الرد الى نايب المالك جواب عن قوله فلا يبرا الا بالرد على
المالك ووجهه ان المودع نايب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نايب المالك
وقوله فان طلبها صاحبها الى اخره ظاهر وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل
ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها عند ابي يوسف وكذا لو جحدها عند
صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا
لزفر وانما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلما الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير

مذكور

مذكور في المبسوط وانما ذكر اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان
سوا كان عند المالك او لا كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه
قطع طمع الطامعين **قال** رحمه الله وللمودع ان يسافر بالوديعة وللمودع ان يسافر بالوديعة
وان كان لها حمل ومونة قالوا اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد
من السفر فكذلك وان لم يكن بد سافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله
ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل ومونة وقد تقدم معنى
الحمل والمونة لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان او بعيدا وقال الشافعي
ليس له ذلك في الوجهين اي سوا كان لها حمل ومونة او لا ولابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر امر
بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا ان الاطلاق الامر يقتضي الجواز
لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل الحفظ
اذا كان الطريق امنا ولهذا اي لكون المفازة محلا للحفظ ملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي
فلو كان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك قيل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس
يخاطرون بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون ذلك
الاستدلال على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح لا استدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح
لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر رعايته عن موضع التلف فلو كان في السفر
وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه يلزمه مونة الرد لان المودع
يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مونة الرد والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به لكن ابا يوسف
جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف
وهو الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استاجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ
ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن قوله قلنا مونة الرد جواب عن قولهما
وتقريره سلمنا ان المونة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من ضرورة امتثال
المودع امره فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله
والمعتاد كونهم في المصر جواب عن الشافعي يعني ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر
لا حفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف الاستحفاظ
بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك ان يخرج بالوديعة
فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا **قال** رحمه الله واذا اودع
رجلان عند رجل وديعة اذا غاب المودع فطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم
يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب
حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغايب ان يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية
الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بوضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري
من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد
الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوايد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت
الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان ياخذ نصيبه فيومر بالدفع اليه
كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ومن طالب ما سلم لم
يمنع عنه ولهذا كان له ان ياخذ وان كان في يد المودع بالاتفاق ولابي حنيفة لا يسلم انه طالبه

بالاجماع وحكاية الخلاف
في المنظومة مخصوصة بما اذا
طالبه بدفع نصيبه م

بتسليم نصيبه بل يدفع نصيب الغايب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل
علي الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا
لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان
الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون متصرف في مال نفسه فيجوز
وفيه نظر لان الانسان لا يومر بالتصرف في ماله بالدفع الي من لا يجب له عليه ذلك والجواب الصحيح
في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه
بقضا حقه وحقه من حيث القضا ليس بمشترك بامثالها والمثل ما للمديون ليس بمشترك بينهما
والقضا انما يقع بالمقاصة وقوله له ان ياخذ جواب عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه وتقرير
جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع علي الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز لعدم التلازم
لا ينفك عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي غريم
المودع بالكسر اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيا مما
ينقسم ما ينقسم هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا ينقسم هو ما يتعيب
به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول ابي حنيفة
اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتاتي منهما عادة لا
يصير راضيا بحفظ احدهما الكل واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الي زوجتك فسلمها
اليه لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا
نهاه ان يدفعها الي احد من عياله فدفعها الي من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة
دابة فنهاه عن الدفع الي غلامه او كانت شيا يحفظ علي ايدي النسا فنهاه عن الدفع الي امراته
وهذا معني قوله وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا
وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به
كما فيما نحن فيه يلغو وعلي هذا اذا نهى عن الدفع الي امراته وله امراة اخري امينة او عن الحفظ
في الدار وله اخري فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس
الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن الدفع الي امراته وليس له سواها او عن الحفظ في دار
ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مفيد ولا العمل به **قال**
رحمه الله ومن اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة ضمن ولا الثاني عند ابي حنيفة
ويخير رب المال في تضمين ايهما شا عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان
الاول متعديا بالتسليم الي الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع
الغاصب غير انه ان ضمن الاول لم يرجع علي الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه
وان ضمن الثاني رجع علي الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة انه قبض
المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضور رايه
وتدبيره لا من حفظ بحضورة يده ولهذا لو دفع الي من يحفظه بحضرته كعياله فهلك عنده
لم يضمن بالاتفاق واذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد التعدي منهما فاذا
فارقه وقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فمستمر علي الحالة الاولي وهو القبض
من امين اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره واذا كان
في يدي رجل الف فادعي رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه الي اخره ظاهر سوي الفاظ نذكرها

قوله

قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعي الف قوله وان نكل اعني الثاني اي بعد ما حلف
الاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للاول لان الثاني ربما يقول انما نكلت لانك بدات بي لا
فلا تنقطع الخصومة بينهما قوله فينكشف وجه القضا بانه يقضي بالالف للاول وللثاني
او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شي له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كانا لالف بينهما
فلذلك يتوقف عن القضا حتي يظهر وجهه قوله لانه اي المودع انكر ما وجب الحق لكل واحد
منهما بيده لو عند ابي حنيفة وباقراره عندهما ولو قضي للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي
في شرح الجامع الصغير انه يحلف الثاني وان نكل يقضي بينهما لان القضا الاول لا يبطل حق
الثاني لان القاضي اما باختياره او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف
الثاني ماذا حكمه وقال اخوه في شرح الجامع فان حلف يقضي بنكوله للاول وقوله لكونه
اقرارا اي لكون النكول اقرارا لا له وقوله ما هذا العبد لي يعني لا يقتصر علي لفظ العبد بل
يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به الثاني لانه
لا يمكن دفعه الي الثاني بعد ذلك وقوله سا اي قال الخصاف يحلفه عند محمد بنا علي ان المودع
اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضا الي غيره يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف كما اذا اقر بالوديعة
لانسان ثم قال اخطات بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الي الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه
بعد ذلك باطل ويضمن للاخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا علي الثاني باقراره بها
للاول فيكون ضامنا له قيمته وهذا اذا دفعها الي الاول بغير قضا فان دفعها بقضا فكذلك
في قول محمد خلافا لابي يوسف لان مجرد اقراره لم يفوت علي احد شيا وانما الفوات بالدفع الي
الاول وقد كان ذلك بقضا فلا يضمن ولمحمد انه سلط القاضي علي القضا بها للاول لاقراره
وقد اقر انه مودع الثاني والمودع اذا سلط علي الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور
وهو التناوب وكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه علي ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متي
شا واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلما هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول
هو اباحة الانتفاع بملك الغير وبه قال الشافعي قال لانها تنعقد بلفظ الاباحة
ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل علي انها
اباحة اما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان يكون
المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا
للمجهول واما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجر
لا يملك نهي المستاجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستاجر يجوز ان يوجر المستاجر لتملكه المنافع فلو
كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلما انها تنبي عن التمليك فان
العارية من العرية وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان تقول
ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع اعراض
لا تبقي فلا تقبل التمليك اجاب بقوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان وبني علي ذلك قوله
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وذلك ظاهر لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا
المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه بحث من وجه الاول انه استدلال في التعريفات

وهي لا تقبله لأن المعرف إذا عرف شيئا بالجامع والمانع فإن سلم من النقض فذاك وإن انتقض بكونه
غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن وأما الاستدلال فإنما يكون في التحديد بقيات والثاني
أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص
بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه
والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا إلى فرع هو نظيره والمنافع ليست
نظير الأعيان ويمكن أن يجاب عنها لأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي فإن كان الأول فما ذكر في
بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وإن كان الثاني يجعل بيانا للخواص يعرف بها
العارية ولو جعلنا المذكورة في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض
كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه أولى قوله
ولفظ الإباحة جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الإجارة
تنعقد بلفظ الإباحة ولا نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة
لا يصح التمليك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم
اللزوم ووجه آخر أن الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة
وقوله والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس
باعتبار أنه ليس في العارية تمليك بل من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم تملكها
بعد وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير أي وقت شاء كما في الهبة
وقوله ولا يملك الإجارة جواب عن قوله ولا يملك الإجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما
سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها وحكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها
ما مر مرارا من التعاضد المحتاج إليه للمدني بالطبع وهي عقد جائز لأنه نوع إحسان وقد استعار
النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها الشرعي تعلق الفقه
به قال رحمه الله وتصح بقوله أعرتك هذا بيان للألفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله
أعرتك لأنه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه أي
مجاز فيه وفي عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف
والمجاز المتعارف صريح كما عرف في أصول الفقه فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح
لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة ومنحتك
ومنحتك هذا الثوب أي أعطيتك المنحة وهي الناقة أو الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم
يردها إذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئا منح وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد
أي بقوله هذه الهبة لأنها لتمليك العين عرفا وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع
تجوزا أي مجازا من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في الاستخدام وهو
العارية وداري لك سكنى لأنه يحصل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لأنه
منصوب على التمييز من قوله لك لأن قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فإذا ميزه
بتعيينه المنفعة تحمل الكلام أي على تمليك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم والتعبير بالصريح
في العارية منتشر القول صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة وفي
الاستدلال نظر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيه زيادة
مبالغة في أن العارية مستحق الرد ولأن المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك

فيما

فيما لم يوجد منها لم يحصل به القبض وهو لا يملك الا به فصح الرجوع عنه قال رحمه الله والعارية
أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن إن هلكت العارية فإن كانت بتعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها أو
استعملها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب أوجب الضمان بالإجماع وإن كان بغيره لم يضمن وقال الإمام الشافعي يضـ
ـمن لأنه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لأن قبض
المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله لا عن استحقاق أي لا عن استحقاق قبض بحيث
لا ينقضه الآخر بدون رضاه احتراز عن الإجارة فإن المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك
القبض قبل مضي المدة بدون رضاه فإن قيل قبض بإذن ومثله لا يوجب الضمان أجاب
بقوله والإذن يثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة
حالة الاستعمال فإن هلكت فيها فلا ضمان وإن هلكت في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء
الضرورة ولهذا أي ولكون الإذن ضروريا كان واجبا لرد يعني مؤنة الرد واجبة على
المستعير كما في المغصوب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض
مال الغير لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان
يعني أن الضمان إنما يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له أما العقد
فلأن اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض
أو لإباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان
عند هلاكه وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما
الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف
يضاف إليه قوله والإذن جواب عن قوله والإذن يثبت ضرورة الانتفاع يعني أنه لم يثبت أولا
العين فإنه ورد على المنفعة ثم تعدى ولم يتعد إلى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الإذن
لم يكن إلا ضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن إلا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه
وقوله وإنما وجب الرد مؤنة جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره أن وجوب
الرد لا يدل على أنه مضمون لأنه وجب لمؤنة الرد القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار
فإنها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان وقوله
والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وليس بمضمون بالقبض بل
بالعقد لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فإن
قيل سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بأن العقد وإن كان
معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لأموال الناس عن الضياع إذ المالك لم يرض بخروج ملكه
مجانا ولأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة نظرا له لأن الأصل في
ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد وإذا لم يوجد
صير إلى الأصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به شرح طريقة الخلاف وقيل كتاب
الإجارات من المبسوط قال رحمه الله وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره وليس
للمستعير أن يؤجر المستعار فإن آجره وعطب ضمن لوجهين أحدهما أن الإعارة دون الإجارة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أنا لو صححناه فإما أن يكون لازما أو غير لازم ولا يتحقق
سبيل إلى شيء من ذلك أما الثاني فلأنه خلاف مقتضى الإجارة فإنه عقد لازم فانعقاده حينئذ
غير لازم عكس الموضوع وأما الأول فلأنه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد

نفي

بخلاف الغصب فإن الرجوع ... فإن القبض لنفسه لا بالإذن فإذا وجب الرد وجب الضمان

تقريره الداعي

العاريه فلا ينفرد على الاسترداد الى انقضا مدة الاجارة فيكون عقد الاجارة لازمًا وهو
وهوايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا كانت بالملك باطله
كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شا ضمن المستاجر لانه قبضه لنفسه
بغير اذن المالك وان شا ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر
لانه ظهر ملك نفسه وان ضمن المستاجر رجع على الموجر اذا لم يعلم كونه عاريه في يده دفعا لضرر
الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل
كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانها اباحة
المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحه وهذا اي كون الاعاره اباحه لان المنافع
غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجوده في الاجارة بالضرورة وقد
اندفعت في الاعاره بالاباحه فلا يصار الى التمليك ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيتملك
مثله كالموصى له بالخدمة جاز ان يعير لتملكه المنفعه قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك
جواب عن قوله والمنافع غير قابله للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابله للملك فانها تملك بالعقد
كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت
تمليك المنفعه لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك
اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما لا يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير
لانه رضي باستعماله لا باستعمال الغير وقال هذا اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت
الاعارة مطلقة فوجب ان يبين اقسامها فقال وهي على اربعة اوجه وهي قسمة عقلية
احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان تكون مقيدة فيهما والثالث
ان تكون مقيده في حق الوقت مطلقه في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع
به اي نوع في اي وقت شا عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت
والمنفعه الا اذا كان خلافا مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها
قفيزا من حنطة اخرى والجيد منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه
يخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم
اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ
مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة
والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي السادس والرابع ليس له ان يتعدا ما سماه من الوقت
والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت
وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب
بنفسه تعين الركوب وهو اختيار شمس الائمه السرخسي وشيخ الاسلام قال رحمه الله
وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار الدراهم فقال
اعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود
لان الاعاره تمليك المنفعه ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان تمليكا للعين
اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة او القرض والقرض ادناهما لكونه متيقنا فيه لانه اقل ضررا
على المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعاره
الانتفاع ورد العين وقد يعجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا اطلق

الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم تكن
له الا المنفعه المسماه وصار كما اذا استعار انية ليتجمل بها او سيفا محلى يتقلد به يقال عايرت المكاييل
والموازين اذا قابستها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى واذا استعار ارضا للبنا والغرس
جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البنا والغرس اما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك
بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا يعني به قوله وللمعير ان يرجع في العارية
متى شا لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردوده والعارية مؤداة واما التكليف فلان الرجوع اذا كان
صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العاريه او لم يوقت فان لم
يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها
في يده مدة طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العاريه ورجع قبل الوقت صح لما ذكرنا وكره
لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البنا والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفا
بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد
المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البنا والغرس
ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى كذا وكذا
فان لم اتركها فانا ضامن لك ما تنفق عليه وذلك لان كلام العاقل محمول على الفايدة ما امكن وحيث كانت الاعارة
بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فايدة لذكر الوقت وذلك لما قلنا ووجه قوله ما نقص البنا والغرس ان
ينظر كم يكون قيمة البنا والغرس الى انتها المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البنا
الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بثمانية كذا ذكره القد
يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنايه فيكونان له الا ان يشا
المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتها فله ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع
فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال
القدوري ان المعير يضمن نقصان البنا والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق
فالخيار في الابقا بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز
ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يمكن من القلع وترك الضمان اذا لم يتضرر الارض
بالقلع واما اذا تضرر فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم يوخذ منه حتى
يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل لم نفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الاخر بخلاف
الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال رحمه الله واجرة رد العارية
على المستعير اجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستاجرة على الموجر وذلك لان الاجر
مؤنة الرد فمن يجب عليه الرد وجب عليه اجرة الرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة
نفسه والغرم بازا الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين
والتخليه لان منفعه قبضه سالمة للموجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان
المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين
لكونه جوهرا اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد
دفعا للضرر عن المالك فيكون المؤنه عليه ومن استعار دابة وردها الى اصطبل مالكها فهلكت
لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد فصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك
من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى

وقت له الله اولم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين فانه لا ترك باجر

فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك فلو فعل ضمن لتعين الركوب في الاول والاركاب في الثانية وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب

المودع الرد الي المالك لا الي داره ومن في عياله لانه لو ارتضي بالرد الي عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان
ان في العاريه عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العواري الي دار الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الي
المالك لردها المالك الي المربط وعلي هذا اذا استعار عبدا فرده الي دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو
استعار عقد لؤلؤ لم يردها الا الي المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها
مع عياله كعبده واجيره مسانهة او مشاهرة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها بيد بعض كما في الوديعة وكذا
اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لوجود الرضي به من المالك الا تري انه لو ردها اليه فهو يردها
الي عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم علي الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سوا وهو
الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة علي ان المستعير لا يملك
الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشايخ العراق اولوا هذه
المسئله بانها الاعارة لانها مدة انتهاء كان اذ ذاك مودعا وليس له ان يودع غيره فاذا اودعه وفارقه
ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الي شرح والله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

ذكرها بعد الوديعة للمناسبة في الوديعة ومن محاسنها اجلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشي الي الغير بما
ينفعه قال الله تعالي فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع
لقوله صلي الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلي ذلك انعقاد الاجماع وتصح بالعقود بالايجاب والقبول
والقبض وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف فيه حتي لو حلف
ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا
يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلي هذا
الخلاف الصدقة ولنا قوله صلي الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك
اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزمه به شي لم يتبرع به وفي
اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التسليم ورد بان المتبرع بالشي قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من
تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضو ومن شرع في صوم او صلوة لزمه
الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشي الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشي واجبا كما ذكر من
الصوم فانه يجب بالنذر والشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء
وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت
بها بدون القبض لانه لا الزام ثمة علي زيادة علي ما شرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت
وحينئذ لا يتصور الالزام علي المتبرع لعدم اهليته الملزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في
المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القول كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجه
ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول
بالسبب الضعيف حتي ينضم اليه ما يتاكد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي ليكون
الموت منافيا لمالكيته فصح الالحاق قوله وحق الوارث متاخر جواب عما يقال الوارث خلف الموصي في
ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصي له علي تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متاخر عن الوصية
فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانا لم نملكهما الا قائما مقام المالك فيه فان قبضها
الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له
الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب

لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه الاستحسان
في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيهما كما يتوقف
علي القبول فيه فقوله في الهبة في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول والمقصود منه اي
مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك يكون الايجاب منه
تسليطا علي القبض تحصيلا لمقصوده فكان ذلك اذنا له دلالة وكذلك القبض بعد الافتراق لانا
اثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول موجود وهو يجري له والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما
قام مقامه فان قال يلزم علي هذا ما اذا نهي عن القبض فان التسليط موجود ولم يعمل
القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة
التصريح وفيه بحث الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما
والثاني ان مقصود البايع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع
حاضر لم يجعل ايجاب البايع تسليطا علي القابض حتي لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له
ان يسترده ويحبسه للثمن واجيب عن الاول بان الايجاب من البيع شطر العقد وهو
لا يتوقف علي ما ورا المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف علي ما وراه وعن الثاني
بانا لا نسلم ان مقصود البايع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل المقصود منه
تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به **قال** رحمه الله وتنعقد الهبة بقوله
وهبت ونحلت هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان
الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوي الفاظ نذكرها
قوله اكل ولادك نحلت مثل هذا روي النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع
سنين فابي امي الا ان تشهد علي ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم فحملني ابي علي عاتقه الي رسول
الله فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال
هذا جور وقوله صلي الله عليه وسلم ولورثته من بعده اي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له
يعني بعد موته الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله
لما قلنا اشارة الي قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني انه يتصرف
في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك
فاذا نوي محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا مناقض ما تقدم في العارية
من قوله لانها التمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا
لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي ولو قال
منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله
صلي الله عليه وسلم المنحة مردودة **قوله** ولو قال داري لك هبة سكني او سكني هبة فهما
هو نصب هبة في الموضعين اما علي الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام **قوله**
لان العارية محكم في تمليك المنافع كان الواجب ان يقول لان سكني محكم في تمليك المنافع اذ هو
المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكني لا يحتمل العارية فعبر عنه بالعارية ولو قال هبة تسكنها
فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه علي المقصود انه ملكه الدار
عامرة ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام
تاكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شا قبل مشورته وفعل ما قاله وان شا لم يقبل بخلاف

لبيع

قوله هبة سكنى لانه تفسير والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع تفسيرا الاسم اخر بخلاف
قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم **قال**
رحمه الله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الموهوب اما ان يحتمل القسمة او لا
وضابط ذلك ان كل شيء يضره التبعيض يوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك
يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة
فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب الثمر على النخيل والنخل والزرع في الارض
دونها فان الموهوب ليس بمحوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا جاز وقبض الثمر الموهوب على
النخيل لكن ذلك الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت
الملك فيه الا محوزة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا
فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت وكذا وقعت مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا
فانه اذا وهب مشاعا فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف ثبات
الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة
المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه
ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما
ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك الموهوب له
لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفا[سد]
والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه
وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا
والخروج عن ضمان البائع والدخول في ملك المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون
راس مال السلم وبدلا على الصرف والقبض شرط فيهما وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه
اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في الارث البيع والارث وكل ما هو قابل للحكم عقد يصلح ان يكون محلا
لعقلان المحلية عبارة عن القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع
ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فلانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع
مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم نعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية
بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الاخر بشركة وبان
اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون ما تناولنا
ان القبض في الهبة منصوص عليه يشترط كماله لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة
الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء لوجوده وقبض
المشاع ناقص لانه يستلزم ضم غيره اليه اي ضم غير الموهوب الى الموهوب والغير غير
موهوب وغير ممتاز عن الموهوب لكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وعلى ما لا يجوز قبضه وكان
مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم السابقة للاعتناء بشانه ولان في تجويزه الزام
الواهب ما لم يلزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل الضرر
مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والصابر عن الضرر ما لم يكن مرضيا
اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزم الجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع
وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا اي ولان تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل

القبض

القبض ليلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لم يقسم لان الممكن فيه
هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهاياة
وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك اجاب
بقوله والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل ان يقول الزام
ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده
الى ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في عوده الى ذلك
الزام زيادة غير هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان
المهاياة لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه لا يضمن قيمته
للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة غير على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع قوله
والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشيوع مانع فيه لكون القبض من
شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح واما البيع الفا[سد]
والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرط الملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل
القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه اجيب بان كلامنا فيما يكون القبض
منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس فيما نحن فيه ولانها عقود ضمان
تناسب لزوم مؤنة القسمة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما حاصل فالجواب
سياتي والقرض تبرع من وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض
مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ليس منصوصا عليه فراعي على الكمال ولو
وهب من شريكه لم يجز وان لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع فانه مانع
عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكانه اشارة الى الوجه الاول وعلى ذلك قيل الوجه
الثاني غير مستمر في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية لاثبات نوع الحكم
وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص شخص من وهب مقصما مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت
الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة وقوله لما ذكرنا اشارة
الى ما ذكر من الوجهين وكانت معلومة من ذلك لكن اعادها تمهيدا لقوله فان قسمه وسلمه
جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه يتبين ان المانع من الشيوع ما كان عند
القبض حتى او وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة
جازت **قال** رحمه الله ولو وهب دقيقا في حنطة بنى كلامه ههنا على ان المحل اذا كان
معدوما فباطل العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا
يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك
ان المصنف مراده بقوله لا يجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لامتناع الجواز للانتفاء
هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز للانتفاء هو عدم
افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز
لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز في المشاع كما في المعدوم وانما جعل الدهن في السمسم
والدقيق في الحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر
بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك فلا يسمى موجودة واذا كانت العين
في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض لما نه جاز

ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض
الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين تناب احدهما عن الاخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى
دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا
القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج
الى تجديده لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان
قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه
العين ويمضي فيه وقت يتمكن فيه من قبضها واذا وهب الاب لابنه الصغير وهبة ملكها
الابن بالعقد والقبض باعلامه ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط الا ان فيه احتياطا
للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب في قبض الاب
فينوب عن قبض الهبة ويد مودعه كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا
فاسدا لانه في يد غيره يعني في الاول او في ملك غيره يعني في الاخر والصدقة في هذا كالهبة
وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وقيد بقوله
وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بقوله بموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهما
ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قيل
اطلق جواز قبضها ولا واكر ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهولاء اذا لم يوجد واحد
من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي
في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهولاء ولاية التصرف في ماله
فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان
الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيامهم بهذا القدر
يطلق حق الهبة لكونه من باب المنفعة واري انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال
وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت
ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح
مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب للصغير اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه
يملك الامر الدائر بين النفع والضرر فالنفع المحض اولى بذلك **قال** رحمه الله واذا وهب لليتيم هبة
واذا وهب لليتيم هبة اي مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب او جد اليتيم او
وصيه لان لهولاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر امه اي في كنفها وتربيتها
فقبضها جائز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له يدا معتبرة الا ترى
ان اجنبيا اخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد من
الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله
اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له فان قيل عقل الصبي اما ان يكون معتبرا او لا فان كان الثاني
وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود اهليته
فالجواب ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي
اعتبار الخلف توفيرها ايضا لانه ينفتح به باب اخر لتحصيلها وكان التجاوز نظرا له ولهذا لم يعتبر
في المتردد بين النفع والضرر سدا لباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر
في عواقب الامور فلا بد من جبره براي الولي واذا وهبت للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت

اليه

اليه او لا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان الاب قد فوض امورها اليه حيث زفها اليه
وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل
بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها واطلق المصنف عن كونها تجامع مثلها
لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا تجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت
ممن لا تجامع لا يصح قبض الزوج عليها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه والحضر الاب في
الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل
من يعولها غيرها فانهم لا يملكونها نه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف
هولاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور و **قوله** في الصحيح متعلق بقوله
يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل
من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة اشارة الى رواية
اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها وان كان الثاني فلا معتبر للزوج لها لان ذلك حكم انه
يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف **قال** رحمه الله واذا وهب اثنان
من واحد دارا جاز واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما ان يكون
بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابي حنيفة
وقالا يجوز لان هذه هبة الجملة منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هذه الجملة كما اذا رهن من رجلين
بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة
ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه هبة النصف من كل واحد
منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح نصفه كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا
الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع
وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا كذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم
التمليك ثبت التمليك بالكمال كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه
اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا اما اذا حصل في احدهما فلا يؤثر لانه
لا يلحق المتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جواز الهبة تابعا ووجه ذلك ان يقال لا نسلم ان الشيوع انما يؤثر
اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين واما ان المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم
حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به **قوله** بخلاف الرهن
جواب عما استشهدا به ووجهه ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كاملا ولهذا لو
تقضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير يدل على ان الشيوع في الصدقة
لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع
الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع
يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى
وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها واما الهبة فيراد بها وجه
الغني والغرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتاويل ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين فيكون مجازا
للهبة ومجوز المجاز ما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما يعبر به عن الاخر **قال** رحمه الله ولو وهب لرجلين
دارا اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بخلاف
سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت له ثلثه لاخر او بالتساوي

كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة
رحمه الله مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا من على اصله وجاز عند محمد رحمه الله مطلقا من على
اصله وفرق ابو يوسف رحمه الله بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوزه وفي المساواة جوزه في
رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه كلام
المصنف وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه
روايتان تفصيلا ابتداء ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجز بالاطلاق
وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتداء والرواية
لابي يوسف ما ذكره في الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق
الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز
واما رواية الجواز فلكونها غير معتد وله عن اصله وهو اصل محمد فليست بمحتاجة الى دليل وبهذا
التوجيه يظهر ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض
نوع اخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو
نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لكل نصفها ولهذا
نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك
لانه يستند لعلي بما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست
بمحتاجة الى الدليل جريا بها على اصله ووضع دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في
الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض
خلا انه يستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء على اصل يصح ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا
وهو ان التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد
عند الاجمال يملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في
التثليث كان معتبرا ويفيد تفرق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شايع حملا للكلام
العاقل على الافادة كما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت
حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت والله اعلم بالصواب

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمتنع عن ذلك
مانع فيحتاج الى ذلك وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد
بالاجنبي هنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام
والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم محرم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب لاجنبي
الزوجان ولا بد من قيد اخر بان احدهما وسلمها اليه والثاني لم يقترن من موانع الرجوع
شيء حال العقد الهبة ولعله تركه اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي رحمه الله
لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده
رواه ابن عمر وابن عباس ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده قوله بخلاف
هبة الوالد لولده جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقريره انا لا نسلم
ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزءا له قوله على اصله اي على اصل الشافعي فان من اصله
ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون
المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لانه لو كان لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان
لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم فلا يكون حجة ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب
منها عن الفايدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض
للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه
ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد
من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ
العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة
ولا ينفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار
الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب كالقدوري فله الرجوع لبيان الحكم اما
الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العايد في هبته كالعايد في قيئه وهذا لاستقباحه لا
لتحريمه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث اخر العايد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود حيث
شبهه بفعل الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع ذكر بعضها يعني القدوري وقد
جمعها قول القايل موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه فالدال
الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له
والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف فقال الا ان يعوضه
عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد اخر وهو ان يقال توجب زيادة في
قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان
المنفصلة لا تمنع فلان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه
لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط
كونها موثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك كانت عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا
في المعنى كالاصبع الزايدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة فان الزيادة
المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس اجيب بان المنفصلة
اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان يكون نقضه
بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان
الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه يبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربوا فلا
الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربوا واما في المتصلة فلان
الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه
بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضاه لكنه ولا باختياره فكانت مانعة واذا مات احد المتعاقدين
بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك عن الورثة وخرج عن ملكه فصار كما
اذا انتقل في حال حيوته وان مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا خرج
الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه وهو التمليك
وتبدل الملك كتبدل العين ولو تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب قال رحمه
الله فان وهب لآخر ارضا بيضاء هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآري
هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآري الاخية وهي عروة حبل يشد

الى الراية في محبسها نا عولمه من تارك بالمكان اذا قام فيه وقيد بقوله وكان ذلك زيادة فيه والواو
للحال لان ما لا يكون كذلك او كان ولكن لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع فيه
في غيرها وكلامه واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب بيان للالفاظ التي تستعمل في
العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع واما اذا وهب من الواهب شيا
ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط العوض ان يساوي
الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سوا لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها
الربوا ولا ان يختص العوض له على الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه
الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح لكنه تشترط فيه
شرايط الهبة من القبض والاقرار لانه تبرع ويشترط انه لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون
الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا يسقط به حق الرجوع
لانا نعلم بيقين ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل خلافا لزفر فانه قال ان التحق ذلك
بساير امواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا هذا والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض
صحيح دون ساير امواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فايدة او ذكره اتفاقا اجيب بانه
من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك
من الموهوب له اولى ان يبطل لان الموهوب له يودي الى المعوض ما امره به ظاهرا فصار كتعويضه
بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذا اذا عوض بامره غير ان المعوض عنه
لا يرجع عليه بما عوض سوا كان بامره او بغيره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا كان بغير امره
فظاهر واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا
بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع
بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض قاس احد العوضين على الاخر
لان كل واحد منهما مقابل بالاخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق
عليه ان يرجع على صاحبه بمقابلة ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتدا وما يصلح
ان يكون عوضا عن الكل من الابتدا يصلح ان يكون عوضا عنه في البقا لان البقا اسهل من الابتدا ولان
ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتدا يصلح ان يكون عوضا عنه في البقا بالاستحقاق وانه يظهر
انه لا عوض من الابتدا الا هو وعورض بان الفرض انه عوض ولجزا العوض ينقسم على اجزا المعوض فاذا كان
الكل في الابتدا عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتدا واجيب
بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شي من الهبة مع سلامة
جزو من المعوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيتوزع البدل
على المبدل والجواب عن قياس زفر ان المعوض يملكه الواهب المعوض في المقابلة الموهوب قطعا
فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك الهبة ابتدا من غير ان يقابله شي ثم اخذ العوض
علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على اجزا الحكم قوله الا انه اي الا ان الواهب يتخير
بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولم يرجع بشي لانه ما اسقط حقه
في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه
من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية ما في الباب انه يلزم
من ذلك الشيوع لكنه طاري فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان

العوض

العوض لاسقاط الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق اجيب بانه ليس
باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فتجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق **قال**
رحمه الله ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضى او القضا لانه مختلف فيه
بين العلما فيله لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه
في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا
لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على الخلاف الصحابة
رضي الله عنهم ان ثبت قوله وفي اصله وهنا اي في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس
لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة ولغيرها من الموانع قال في المعرب لوها
بالمخطا وانما هو الوهي وهو خطا لان مدا المقصور السماعي ليس بخطا وتخطية ما ليس بخطا خطا
قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفا لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل
وان كان العوض لم يحصل فاذا تردد فلا بد من الفصل بالرضا او القضا حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه
قبل القضا نفذ ولو منعه فهلك قبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان اول
القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدي واذا رجع بالقضا او
بالرضا كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك عاد
اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضا كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدا
والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدا سابا وههنا
تراضيا على سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدا بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض
الواهب ويصح في الشايع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضا هبة لما صح
فيما يحتمل القسمة كما في الابتدا فصحته دليل على بقا العقد في النصف الاخر والشيوع طاري لا اثر
له فيها **قوله** لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره ان هذا العقد جايز الفسخ لما تقدم
من ثبوت حق الرجوع وما هو جايز الفسخ ينبغي جواز استيفا حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين
الرضا والقضا لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق يشمل التراضي
والقضا و**قوله** بخلاف الرد جواب عن قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان
في صورة القضا خاصة لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد
لسلامة حقه له لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم ينتقض الفسخ
فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتدا عقد منهما واما القاضي فانما يقضي
اولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البايع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي
غير ما ثبت بالقضا فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل
سوا كان بالقضا او بالرضا وهذا انه لو وهب لانسان فوهبه الموهوب له لاخر ثم رجع الثاني في
هبته كان للاول ان يرجع سوا رجع الثاني بقضا او بغيره خلافا لزفر في غيره واذا رد المبيع بعيب
على البايع قبل القبض فللبايع ان يرد على بايعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضا فكذلك
وان كان بغيره فليس له ذلك **قال** رحمه الله واذا تلفت العين الموهوبة واذا تلف
الموهوب واستحق فضمن الموهوب لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي
السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احترازا عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل
للمودع في ذلك القدر بحفظها لاجله فان قيل عليه بايجابه الملك له في المحل واخباره بانه

فايده صح

ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة
سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة انه لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا
فالضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور
في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول وهبت لك هذا العبد على ان
تهب لي هذا العبد لا ان يقول بالبائه يكون تبعا ابتدا وانتها بالاجماع اما اذا كان بلفظ على
فانه يكون هبة ابتدا فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض
ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الروية وتستحق
الشفعة فيه لانها تبع انتها وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتدا وانتها لان فيه معنى
البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد لنفسه اعتاقا وهو
ظاهر ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل
ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من
اهمال احدهما اما انه مشتمل على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة
من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد
يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا
ابتداوه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاوه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة في المرض
فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداوه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع
فيما يحتمل القسمة وانتهاوه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين هذا لان الالفاظ قوالب المعاني ولا يجوز
الغا اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار
البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه لما كانت المسايل المذكوره في هذا الفصل
متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة **قال** رحمه الله ومن وهب جارية الا حملها
اعلم ان استثنا الحمل على ثلاثة اقسام قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثنا وقسم منها
ما يجوز فيه اصل العقد والاستثنا جميعا وقسم منه ما يبطلان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من
الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل
الاستثنا لان الاستثنا لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا ه
والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لاخر لم يصح فكذا اذا استثني على ما مر في ه
البيوع فاذا لم يكن الاستثنا عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه
جزءا منها فلما استثني الحمل كان الاستثنا مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجي وطولب بالفرق بين الحمل والصوف على الظهر واللبن
والضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر وامره بجزه واللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب
له فانه جاير استحسانا دون الحمل واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة
بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نايبا عن الواهب
بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن **قوله** وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثنا
هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة **قوله** بخلاف البيع
والاجارة والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسده ولم يذكر القسم
الثالث وهو في الوصية وسنذكره فيها ولو اعتقها في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق

الجنين

الجنين على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جايزة واشبه الاستثنا
في امكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثنا
في التجويز لان الجواز في الاستثنا كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة
المشاع وهي لا تجوز فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جايزة واجيب
بالعرضية للانفصال في ما في الحال ثابتة لا محالة فاذا نزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك
الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف رحمه الله لما استشعر هذا السوال اردفه
بقوله او هبه شي مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح
كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح ان يجعل مسلة التدبير مشابهة بالاستثنا ومسلة الاعتاق
غير مشابهة قلت نعم اذا اريد بالاستثنا التكلم بالباقي بعد الثنيا فان الاستثنا بهذا التفسير
يورث الشيوع ومسلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف
اراد بالاستثنا استثنا الحمل ومسلة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم
قال ومن وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق
عليه بدار على ان يرد عليه شيا منها او يعوضه شيا منها فالهبة جايزة والشرط باطل ولا
يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيا منها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم
كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة
لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد
او الاعتاق او غير ذلك تقيد به والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر في رجوعها اليه بعد موت
المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات
والهبة ليست منها **قال** رحمه الله ومن له على اخر الف درهم ومن له على اخر الف درهم
فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بري منها او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بري
من النصف الباقي فهو باطل لان الابرا تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا
يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات
المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل قولكم هبة
الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض ببدل الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرا
المديون منه او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك
لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق
بعقد الصرف واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول **قوله** قلنا انه يرتد
بالرد يعني باطلاقه انه يعمل الرد في المجلس وغيره سواه والمروي عن السلف وقال بعضهم
يجب ان يرده في مجلس الابرا والهبة **وقوله** بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة
الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على الماذون
وعزل الوكيل والابرا عن الدين منها ومنها ما يحلف بها كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو
ان يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه جايزة للمعمر له في حال حيوته ولورثته بعده
لما روينا انه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى والشرط وهو قوله اذا مات ترد عليه باطل

لما روينا انه صلى الله عليه وسلم ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يوثر في بطلان العقد لما بينا
ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون هو قوله داري لك هبة والرقبى وهو ان يقول
الرجل لغيره داري لك رقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يفيد ملك الرقبة
وانما تكون عارية عندهما يجوز للمعمر ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شا لانه يتضمن اطلاق الانتفاع
وعند ابي يوسف ومحمد جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق
بالخطر لان الرقبى ماخوذ من المراقبة وان كان ماخوذا من الرقاب فكانه قال رقبة داري لك
فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى
ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك فهي لك واخذته من المراقبة كانه يراقب موته
وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا و**قوله** ولان معنى الرقبى عندهما يشير الى ان ابا يوسف قال
بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير اخر وهو ان يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق
الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشي في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة
ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز
العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه صلى الله عليه وسلم سيل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح
صحيح فاجاب بجوازه **فصل في الصدقة** لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط
وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل له فصلا **قال** رحمه الله الصدقة كالهبة
الصدقة لا تتم الا بمقبوضة لانه تبرع كالهبة فلا يجوز فيما يحتمل مشاعا لما بينا في الهبة ان الشيوع
يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصار كهبة عوض عنها
وفيه تامل لان حصول الثواب في الاخرة فضل من الله ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال
المراد به حصول الوعد والثواب فاذا تصدق على غني بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع
لان الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب
واذا وهب لفقير نكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان
الهبة والصدقة على الغني سوا في جواز الرجوع كما انهما سوا في حق الفقير في عدمه ولكن
العامة قالوا ان في ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا
ينافي القربة **قوله** ومن نذر ان يتصدق بماله الى اخره ذكرنا هذه المسلة مع وجوهها في
مسايل القضا فلا يحتاج الى الاعادة ههنا والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان تمليك احكام الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع
بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة
لغة وشريعة وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان
كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة
والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها
وحمام يغتسل فيه وابل تحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بشق الانفس وسببها ما مر
غير مرة من تعلق البقا المقدر بتعاطيها واما شرطها فمعلومية البدلين واما ركنها فالايجاب
والقبول بالفاظ ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة واما حكمها ودليل شرعيتها
فسنذكر ان شا الله تعالى **قال** رحمه الله الاجارة عقد على المنافع بعوض بين المفهوم

الشرعي

الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم
ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت
على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس وكان استحسانا بالاثر ومن الاثار الدالة على صحتها ما ذكر في
الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه فان الامر باعطا الاجر
دليل على صحة العقد وقوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان
ان معلومية الاجرة شرط جوازها وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها
هي المعقود عليه فالملك في البدل ايضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي في
والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل
اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا
استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة
في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين ثم يظهر عمل العقد
واثره في حق المنفعة بعد ما تراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا يعني ان
يثبت ان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع يثبت في الحال وتاخر الاستحقاق
الى نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار ولا تصح الاجارة حتى يكون المنافع
معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره
فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية
المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة
كالتبع كالثمن في البيع فاذا كان معلومية البيع شرطا كان معلومية الاصل اولى بذلك
ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع
وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر
بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست
من ذوات الامثال كالحيوان والنبات مثلا اذا كانت معينة صلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا
بثوب معين واذا كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقابضة بيع وليس فيها الا بيع العين من
الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على
المثال ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال اخر فيمثل بالمنفعة فانها
تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا **قوله**
بهذا اللفظ به قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض
مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال فجاز ان يقع اجرة ولقايل ان يقول الثمن
عوض مالي الى اخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص
بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة **قال** رحمه الله
والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة لانه قد تقدم ان المنفعة لا بد وان تكون معلومة
في الاجارة فلا بد من بيان ما يكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور
للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة كانت ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة
كان مقدار المنفعة فيها معلوما فيصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان
ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طول المدة

ور

وتصير ها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد
تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا
كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقا الى تلك المدة
والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة موبدة معنى والتابيد يبطلها وجوزه اخرون
منهم الخصاف رحمه الله لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام المتعاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا
معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل انتها المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم
يعتبر كما اذا تزوج امراة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التابيد ليصح النكاح وان كان
لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة **قوله** الا ان في الاوقاف
يجوز ان يكون استثنا من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة
وهي ما زاد على ثلاث هو المختار كيلا يدعي المستاجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف ان لا يوجر اكثر من
سنة واما اذا شرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى
الحاكم حتى يحكم بجوازها وتصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ
ثوبه او بين الثوب وجنس الخياطة او استاجر دابة للحمل او الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة
وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في الكتاب والله اعلم بالصواب

باب الاجر متى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان
وقت التملك وما يتعلق به من المسائل **قال** رحمه الله الاجرة لا تملك تجب بالعقد قال صاحب
النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداوها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب
التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن
والصواب ان يقال معناه لا يملك لان محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك ولا تملك
لا يجب ايفاوها فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة
الاخص ليس بمجاز شايع لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو
ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله
يستحق بمعنى تملك يدل على هذا تأكيد قوله وقال الشافعي يملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف
متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد
ولهذا صحت الاجارة باجرة معلومة موجلة ولم يجعل موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود
المقتضي وانتفا المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى
موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضروري اذا ثبت يستتبع
لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيا فشيا على حسب
حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة
المساواة فمن ضرورة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة ثبت
الملك في الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل او عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله
واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وهو له
مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من
حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز كونه اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان

تعجيل

تعجيل فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض بما لو ابرا الاجير عن الاجرة والارتهان
عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابرا على قول ابي يوسف
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ممنوع وجوزه محمد رحمه الله لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ
صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر
الانعقاد في حقه ويصح الابرا لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة لان الكفالة بما يذوب له على فلان
وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفا واستيفا الاجر قبل استيفا المنفعة صحيح بالتعجيل او
اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولو لم يجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام ان
ذلك ليس بدين بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة
فلم يكن دينا بدين وهذا طريق شايع شايع لكونه اقامة السبب مقام المسبب واما جعل المعدوم موجودا
فلم يعهد كذلك **قوله** واذا قبض المستاجر الدار لبيان ان التمكن من الاستيفا يقوم مقام الاستيفا
لا يقال فعلى هذا كان الواجب ان يقال باحد معان ثلاثة وان يقول او باستيفا المعقود عليه او
بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفا والتمكن منه يقوم مقامه احيانا وبدل لاحد الاقسام لا يكون
قسيما له لانه اذا قبض المستاجر باجارة صحيحة ما استاجره ولم يمنع عن استيفا المنفعة في المدة في المكان
الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الاجر تسليم العين التي تحدث منها
المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لان تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قايما
مقام تسليم المنفعة فاذا اسلم العين فارغة من متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من الغير او من اجنبي
سلطان او غاصب فقد حصل التمكن في ترك الاستيفا بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع
وجوب الاجر واعتبر العقود فان تراخى شي منها ر والا التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة
بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب
اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيه لكن استاجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها
الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكن المسير فيها الى الكوفة او سلمها فارغة فيها في مكانها
لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان
او غصبه غاصب او لم يكن شي من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس
بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير حينيذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع
فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار
اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على انه يباشر العقد الصحيح والفاسد منه
يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن
الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة
وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود المانع
في بعض المدة والمكان فسقط الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر **قال** رحمه الله
ومن استاجر دارا ذكر هنا البيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو اما ان يكون
وقت الاستحقاق مبينا بالعقد او لا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا
عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق يتحقق عند استيفا جزء من
المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتها الاجل وان كان الثاني
فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي وان

وان استاجر بعيرا الي مكه فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحله لان سير كل مرحله مقصود كسكني
يوم وهذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضا المدة وانتها السفر
وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا يكون مسلمة في بعضها
لان اجزا الاعراض منطبقة علي اجزا الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفا جملة المنفعة شيا كما في المبيع
فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط
لا يستحق شيا من الاجرة قبل الفراغ كما سياتي فان قيل قال المصنف لا يتوزع الاجر علي اجزايها يعني
المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزا العوض تنقسم علي اجزا المعوض وقياس المنافع علي العمل وهو
فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفي المستاجر بعضها
فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيا فالجواب ان اجزا العوض
تنقسم علي اجزا المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع
كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان تسليما تقديرا على
ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البته لم يكن المرجوع عنه ووجه
القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين
الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الي ان لا يتفرغ لغيرها فيتضرر به بل المطالبة حينئذ تفضي
الي عدمه فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع
المطالبة وما افضي وجوده الي عدمه فهو منتف فقدرنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة
في البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب باجره حتي يفرغ من العمل كله لان العمل كله في البعض غير
منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب به الاجر وهذا يشير الي انه لو كان لثوبين ففرغ احدهما
جاز ان يطالب اجرته لانه منتفع به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما
بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال في النهاية هذا
وقع مخالفا لعامة روايات الكتاب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح
الجامع الصغير لفخر الاسلام قاضي خان والتمرتاشي والفوايد الظهيرية وذكر في كل ذلك نقلا يدل
علي ان من استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب علي
الموجر ايفا الاجر بقدر ما استوفي من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال ثم
قال ولكن يتامل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب
التجريد بالفضل الكرماني في هذا الحكم واقول كلام صاحب الذخيرة علي ما نقله يدل علي ان
استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان حصة معلومة وارى ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء
حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا والبدن والدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن
الحصة معلومة الا بتعيينها وحينيذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب علي حدة باجرة معلومة فاذا فرغ
من عمله فيستوجب اجره كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله والله اعلم قال
رحمه الله ومن استاجر خبازا ليخبز له ذكر هذا لبيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق
الاجرة حتي يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسلة الخياط انفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون فاذا
استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتي يخرج الخبز من التنور لان
استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له
للهلاك قبل التسليم فان قيل اجير في بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير واحد واستحقاق

الاجرة لا يتوقف علي الفراغ من العمل اجيب بان اجير الوحد من وقع العقد في حقه علي المدة
كمن استاجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستاجر علي العمل فكان اجيرا مشتركا توقف استحقاقه
علي فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر لان عمله تم بالاخراج والتسليم
وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده ولا ضمان علي الامين
وعندهما يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب علي الغاصب ولا يبرا الا بحقيقة التسليم والوضع
في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شا ضمنه مثل دقيقه
ولا اجر له وان شا ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار
مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رمادا لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره
من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو يجري علي عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق اما عنده
فلانه لم يهلك من عمله واما علي قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما
ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تفريغه الي القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان
استاجره في طبخ قدر خاصة فليس عليه العرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر
عند ابي حنيفة رحمه الله باقامتها فان فسدت من المطر قبل ذلك او انكسرت فلا اجر له لانه يصير مسلما
ما لم يصر لبنا وما دام علي الارض لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه حتي يشرجه اي ينضد بضم بعضه
الي بعض لان التشريج من تمام عمله عرفا وبا في كلامه ظاهر قال رحمه الله وكل صانع
لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتي يستوفي الاجر لان المعقود عليه
وصف قايم في الثوب وهذا ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفا البدل كما في المبيع فالوصف
القايم في الثوب جاز حبسه لاستيفا البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان
قيل فعلي هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الي عدم الضمان ولو
حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني لا الضمان
لا يلزم الا علي المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه
قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده
لكنه بالخيار ان شا ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شا ضمنه معمولا وله الاجر واسند
فضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالحمال بالحا والجيم فليس له ان يحبسه لان
المعقود عليه نفس العمل وهو غير قايم في العين بل انما هو قايم بالعامل ويعني لبسه
والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمه من النشا وغيره
سوى ازالة الوسخ بالما واما اذا كان فهي مسلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ اختاره المصنف
رحمه الله وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن
بمنزلة عمل اثر في العين قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله قوله
وهذا بخلاف الابق جواب عما يقال الابق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن
لعمله اثر في العين قايم ووجهه ان الابق كان علي شرف الهلاك وقد احياه برده فكانه باعه
منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله اثر
هو مذهب العلما الثلاثة وقال زفر رحمه الله وهو مذهب الشافعي رحمهما الله ليس له
حق الحبس في الوجهين يعني الذي لعمله اثر وفيما اذا لم يكن لانه وقع التسليم باتصاله عليه
بملكه والمسلم الي صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت الصاحب والجواب

ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا به بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظيره ذلك لو كيل اذا انقد الثمن بغير رضا البايع فان للبايع ان يحبس وان تسلمه المشتري لكونه بغير رضاه **قال** رحمه الله واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه وازا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين هو مثل ان يقول له تعمل بنفسك او بيدك مثلا واليه اشار المصنف بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كما لو استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم غيرها وفيه تامل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ان يفاوه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** لما ذكر تمام استحقاق الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر او بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان بعارض ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجي بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجا بالباقي فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق جميع الاجرة وان كان الاول فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره المصنف رحمهما الله واليه اشار بقوله ومراده يعني القدوري اذا كانوا معلومين وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة وياتي بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له اجر الذهاب وهذا بنا على ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وقد وفي بعض المعقود عليه فبذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استاجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناء هذا على محمد لان المعقود عليه في مثله الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينتقض ما قطعه منها والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا للموجر من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا **قال** رحمه الله ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى قيل صورة المسئلة ان يقول استاجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جايز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه **قوله** وانه لا ينتفا وتجواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شي من العمل لسكنى الاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشيء ونشي الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء والدابة دون البدان لم يوهن

البناء في الجملة كل ما يتضرر به البناء جاز ان يعمله فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز ان يكون بفتح التاء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال ويتعين به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم التاء والمنصوبات مفعول به وينتفي به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة المفضية الى النزاع ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البناء والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالارا فيصح لها العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعهما وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض هذا من جانب المستاجر واما من جانب الموجر فان الارض ما ان تنقص بالقلع او لا فان كان الاول فان شا يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضي به المستاجر او لا وان شا رضي بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فله ان يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا لو قلعناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر الموجر وفي تركه باجر رعاية للجانبين فصير اليه واورد مسئلة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجرة **قال** رحمه الله ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل اذا استاجر دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استاجر للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من شاء او على ان يركب فلان فهي ثلاثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان ركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكان نظير ارتفعت من الابتداء لانه عقد منعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتدا واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وان كان الثاني صح العقد ووجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من يشا وان كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت اجاب بقوله والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف رحمه الله ويجوز استيجار الدواب للركوب معناه للركوب معينا اما نصا حقيقة او تقديرا وان يسمي نوعا ومقدارا من شي يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام نشرا ولفا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت

الاذن لعدم التفاوت يعني به اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل
ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان مثلها كيلا لانه اثقل لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل
عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه
في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه لانه وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك
كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون وان استاجرها ليركبها فاردف معه فعطبت ضمن نصف
قيمتها سوا كان الرديف اثقل او اخف من الراكب لا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب
الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته
بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنايات والجناة جمع جان كقضاة جمع قاض فانه اذا جرح رجل رجلا
جراحة واحدة والاخر عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله
اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل
اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم
عليهما اذا كان مثلها يطيق حمله واما اذا كان حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها
اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى بان استاجرها ليحملها خمسة اقفزة
من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه
لانه ماذون في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة فتوزع الضمان ونوقض بما لو استاجر ثورا ليطحن
به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب
بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال
الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو ماذون في بعض دون بعض
فتوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استاجرها ليركبها فاردف رجلا انه يجب
ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استاجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة
فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لم يوجب
نقصانا لا محالة لان في الاركاب منفردا تخالف من كل وجه وفي الارداف ماذون من وجه
دون وجه وهو في جملة كما مر **قال** رحمه الله وان كبح الدابة بلجامها وان كبح الدابة
بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما دخل تحته
لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل
تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب
المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابي حنيفة رحمه
الله القول بالموجب اي سلمنا انه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به الماذون مقيد بشرط
السلامة اذ امكن تحقق المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور
في الطريق وان استاجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر
وهي على راس ميل من الكوفة فجاوزها الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر
ميلا ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المشايخ في معنى هذا الموضع
فمنهم من اول المسئلة بان المراد هو ان استاجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة
فلا يصير المستاجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان يعود ثم معنى

الجناة جمع

فهو نايب المالك والرد الى النايب رد الى المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع
اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بان المودع مامور
بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة
الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نايب المالك والمستاجر والمستعير ياموران بالحفظ
تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو
الحفظ فلم يبق نايبا ليكون الرد ردا اليه ولا يبرا الا بالرد الى المالك او نايبه ونوقض بغاصب الغاصب
اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرا وان لم يوجد الرد على احد هذين والجواب ان الرد على احدهما
يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب
اخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه
من قبل بان قيل الرد الى المالك او نايبه ازالة للتعدي وهو يصلح مبريا عن الضمان والرد
الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم الصلاحية
لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان وتقرر الضمان على الغاصب يوجب
سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضمونا بضمانين فالحاق العارية بالاجارة
بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر كيد
المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومونة الرد على المالك كما في الوديعة
بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة
ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى
متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة قوله
وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكترى حمارا بسرج فاستعماله به موافقة فان نزع فاما ان
يستعمله بسرج اخر او اكاف وكل منهما على قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر او لا وكذلك
الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد
بغيره اي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي
عينه صاحبها اذا كان غيره مماثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله الا اذا
كان زايدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزايد لم يتناوله الاذن فكان
ماذونا في المسمى غير ماذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى ويوضع
على الدابة فحاكما تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرجه بسرج البرذون
ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله
الحمر يضمن لما قلنا في السرج انه لم يتناوله الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية
الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات
يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر
ومنهم من قال فيها روايتان ففي رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير
يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد يضمن
بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال ان المراد المساحة حتى اذا كان السرج ياخذ
من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه

بحسابه في التقدير لخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها واليه
اشار المصنف في الدليل قال لانه يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سوا فيكون المالك راضيا به الا اذا
كان زايدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من
جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط
احدهما على الظهر اكثر من الاخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط
على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر
لانه عكس ما نحن فيه من المسالة الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه
ومن استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلوا اما ان يكون ما سلكه مما يسلكه الناس
اولا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما اوعر او اخوف او بخو ذلك
اولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة
التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد رحمه الله اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ
في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فما هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم
التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن
لصحة التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله
في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق
البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة **قال**
رحمه الله ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة لزراعة شيء فزرع
مثله في الضرر بالارض وما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خير وزرع ما هو
اضر بها كالرطاب فيمن استاجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شر يصير به المستاجر غاصبا فيجب
عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي
والضمان يستلزمه ونفي اللوازم يدل على نفي الملزومات **قوله** ومن دفع الى خياط ثوبا
ظاهر وقوله ينتفع به انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله لتعذر
جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بان يسمى قباء بالخياطة القميص وان القباء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

اخر الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياج الى معرفة لوقوعها في محلها **قال** رحمه الله الاجارة
يفسدها الشروط • يفسد الاجارة بالشروط فساد البيع بها لانه بمنزلته في كون كل واحد منهما
يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وانما
جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رايت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من
الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر
المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوي قاضي وقال زفر والشافعي رحمهما الله
يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت وهذا
بناء على ان المنافع عندهما كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورة
تتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي
عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة
عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في

الفاسدة سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية
فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل واستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف
البيع فان العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكره لتذكير الخبر فان
صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي
جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية
له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور
كذلك ومحصورا ترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر
كان لكل منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون البعض بحضرة الاخر اولا
اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح
على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ووجه ذلك مذكور في الكتاب في المطولات
فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا
كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه لتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي القدوري
هو القياس واليه مال بعض المتاخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى
ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني
بنا على ان راسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل مضى راس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ
بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجي وقته وكلاهما لا يجوز وذكر والذلك طرقا بلا نه منها ان يقول
الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون
هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر دارا سنة بعشرة
دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر
واحد ويعتبر ابتدا المدة مما سماه بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو من
الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سوا لذكر الشهر منكورا في مثله يتعين
الزمان الذي اعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا لان الحال الظاهر من
حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان
اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على
السوا لان الليالي ليست بمحل له يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن
ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على بنا المفعول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة
لانها الاصل في الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يعتبر الى غيره وان كان في اثنا الشهر فالكل بالايام
عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف ثلثمائة وستين يوما وعن محمد وهو رواية عن ابي يوسف
رحمهم الله ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام تكمل ما بقي
من الشهر الاول من الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا يتعدى
الى غيره ولابي حنيفة رحمه الله ان تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون
ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتدا الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى اخر السنة ونظيره العدة
وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر
كلها عند ابي حنيفة رحمه الله بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والمعتبر بالاشهر لم يمر في الطلاق
وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف رحمه الله قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول

الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يجعل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات **قال** رحمه الله ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اي استيجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرتهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام اخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وان النساء امرن بالقرار وعن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة الحجام وكره كسبه عثمان بن عفان وابو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله روى ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المراة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتاويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد التستر فلا باس بالدخول ولا كراهة في غلته كالاكراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في اخر حديث ابي هريرة رضي الله عنه فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه اخر فقال ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل الانتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو اي ضرابه وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها وهو انه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظير للارضاع قلنا هو مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكلامه فيه ظاهر **قوله** على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشايخنا يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار وعند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعلم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر ذكره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانه لو استحقت به كان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل **قال** رحمه الله ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة ولا يجوز ان يوجر الرجل نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب اجر المثل وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع

عدم

عدم القدرة على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين احدهما ان يكون معارضة وتقريره اجر ما لا يقدر على تسليمه لا يصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه اجر ما لا يقدر على تسليمه على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله والتخلية جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانها اعتبرت علة وهي وسيلة الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة بخلاف البيع فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكين بالتخلية فيه حاصلا وقوله واما التهايؤ جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء مما يتاخر عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا اجر من شريكه جواب عن قولهما فصار كما اذا اجر من شريكه ووجهه انه اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا للحكم باعتبار دون اخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام يحصل في الشائع كما تقدم لان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء واما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما ينعدم التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله والاختلاف في النسبة لا يضره جواب عما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك ان الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على انا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله بخلاف الشيوع الطاري بان اجر رجل من رجلين ثم مات احدهما فانه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء وللبقاء ليس له تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيد الجواب عن قولهما او من رجلين لكنهما في قوله وبخلاف ما اذا اجر شيوعه عن ذلك يعرف بالتامل وقوله وبخلاف ما اذا اجر من رجلين جواب عن ذلك وتوجيهه ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري فان قيل لا نسلم انه طاري بل هو متقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء في وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها والصواب ان يقال لطريان انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه **قال** رحمه الله ويجوز استيجار الظير باجرة معلومة استيجار الظير باجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن بعد

الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبلهم واقرهم
عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به
واللبن تبع كالصبغ للثوب وهي اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن
والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح ان العقد
على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو
المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح من
المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار
عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا
كمن استاجر بقرة ليشرب لبنها وعد مسالة العذر عن الارضاع بلبن الشاة وتعجب صاحب النهاية
من اختيار المصنف ما اعرض عنه شمس الائمة بعدما وثبته الدليل الواضح وهو تقليد صرف
لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو
الارضاع وانتظام معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور ووسايط منها اللبن فجعل العين
المرسة منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن
ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا نسب له بما روي عن ابن سماعة عن محمد انه قال استحقاق
لبن الادمية بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد
الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل
على شيء من ذلك قوله واذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين يجب اذا
كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار عبد للخدمة مثلا فان قيل قد علم من اول المسئلة
جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب
والسنة ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطية لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها يعني
جازت باجرة معلومة كساير الاجارات وبطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة رحمه
الله لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظار شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما اذا
من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام
الطباخة وكسوتها وذكر في رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس
والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم بان يجعل الاجرة دراهم ثم يجعل بدفع
الطعام مكانه اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا مساعد
من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم انما اعطى الطعام
بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولو قدر في كلام المصنف لفظة بان يقال بان يجعل الاجرة دراهم
بدلا آل الى ذلك وهذا اي جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين
قدره ولا يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي اوصاف الطعام بتاويل
الحنطة اثمان اي اوصاف اثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تاجيلها
بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تاجيله بالسنة ويشترط
بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع والباقي
ظاهر **قال** رحمه الله وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها ه وطي المراة حق الزوج فلا يتمكن
المستاجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه

اولفظ

او لفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه ظؤورة زوجته اولا وهو الاصح لانها
ان كانت ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله ان
يمنعها من ادخال الصبي الغير في منزله كما ان للمستاجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضاء
بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن
الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا يفسخ الاجارة كما لو مرضت قوله وعليها ان تصلح طعام
الصبي لان العمل يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي على الظير والباقي ظاهر قوله وان ارضعته
في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس
بارضاع دليل ظاهر على ما قدمنا فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ولهذا لو اوجرت
الصبي بلبن الظير في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون
العين فهو اللبن وقوله انه اختلف العمل بدل من المعقود عليه المعنى وفي بعض النسخ وهو
انه وفي بعضها لانه فان قيل الظير اجير خاص او مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما يدل عليه
لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او ثيابه
شيء لم تضمن الظير لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها
ان توجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة
الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على ان هاهنا يجوز ان يكون خاصا ومشتركا فانها لو اجرت
نفسها لقوم اخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه جناية
منها ولها الاجرة كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها تحتمل ما قلنا بانها تستحق الاجر منهما كملا تشبيها
بالاجير المشترك وتاثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص **قال** رحمه الله ومن دفع الى حائك غزلا
لينسجه ومن دفع الى الحائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حمارا
يحمل طعاما له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها
وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان العرف جاريا على ذلك فهل يترك به
القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل
لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب
لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه **قوله** والمعنى
فيه يعني المعنى المقتضي في عدم جواز ذلك هو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول
لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لانه
استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف
طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الاجير الاجرة في الحال
بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة فصار حاملا طعاما مشتركا ومن استاجر
رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق
تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الاخر تلويح الى مسئلة اخرى وهو ما اذا قال احمل
هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن يفسد الاجارة لكونها في معنى
قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر **قوله** ولا يجاوز بالاجر قفيزا
متصل بقوله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب

الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث
يجب لاجر ما بلغ عند محمد رحمه الله فلا يجاوز باجره نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك
وهنا اذا احتطب احدهما وجمع الاخر اما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء
قال رحمه الله ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم المخاتيم جمع مختوم وهو
سمي به لانه يختم اعلاه كيلا يزاد وينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب
الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم
فهو فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل
حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المقصود
هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال
لا لتعليق العقد به فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد
منه نفيا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لترده بين امرين كل منهما صالح لذلك
لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما
اولى من الاخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستاجر في الثاني
حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى
اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير اجره نظرا الى الاول ويمنعه المستاجر نظرا الى الثاني ويمنعه
المستاجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون
للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة وطولب بالفرق بين مسئلتين بين ما اذا قال ان خطته اليوم
فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة رحمه الله اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت
للتعجيل فيه وبين ما اذا استاجر رجلا ليخبز له قفيزا دقيق على ان يفرغ عنه اليوم فان الاجارة فيها جائزة
بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو انتفاء الاجر للتاخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي
التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين
الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه بحيث جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل
ويؤيده ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه
للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما في الطلاق فكانه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد
التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون
معقودا عليه ويلزم الجهالة **قال** رحمه الله ومن استاجر ارضا على ان يكربها بين في هذا
ان الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد
والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها
ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتاتى الا بالسقي والكراب فكان من مقتضياته فذكره لا
يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد
لان المراد بالتثنية ان كان ردها بعد كرابها مكروبة فلا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا تتوقف
عليه وان كان المراد بها ان يكربها مرتين فيجب ان هذا في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة
والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع الارض لا بالكراب مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة الا ان مدة
الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه
لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقا

منفعته في العام القابل وبقاء المسنيات وقال بل المراد منها الانهار العظام وهو الصحيح لانه تبقى منفعته
في العام القابل ولو لم تكن الاولى واذا استاجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا وكذلك اجارة
السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي رحمه الله هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان
ولهذا جازت الاجارة بدين اي باجرة هي دين على المؤجر ولو لم تكن كالاعيان لكان دينا بدين ولنا في ذلك طريقان
احدهما ان الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى النساء هي في البيوع الى هذا الطريق اشار محمد رحمه الله
وهو ما روي ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك اطلت الفكرة
فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي
نساء والجبائي اسم محدث كان يناظر علي بن سماعة في هذه المسائل وبقوله لا يرى ان لكم عليها
وفيه بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه
ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما
على عقد يتاخر المعقود عليه وفيه يحدث شيئا فشيئا واجيب كان ذلك ابلغ في وجود النساء
من المشروط فالحقيقة دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة
فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة
كالثابت بالعبارة فبالالحاق به يثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصحبه الانعام
فيه ولزم وجود احدهما حكما وعدم الاخر وتحقق النساء ويجوز ان يسلك طريق اخر وهو ان يقال
المدعي ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا ولا الاخر او لا فان
كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمة غير حاصرة لجواز
ان يعتبر موجودين لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة
عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف الجنس لتلزم
الكالئ بالكالئ اجيب بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه
معناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم يصحبه الباثم اذا استوفى احدهما المنافع وجب عليه اجر المثل
في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر فاسد المثل وروي بشر عن ابي
يوسف انه لا شيء عليه لان يتقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت **قال** رحمه الله واذا كان الطعام
بين رجلين واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه
فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين
عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني
الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجر لعمل لا وجود له لان الحمل فعل
حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل
البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستيجار لعمل
لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا وفرق بين
هذا واجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنده وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم
المعقود عليه متعذر على الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما ههنا فانه
منعدم اصلا فلا يجب **قوله** بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع ولان البيع تصرف حكمي
اي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع احد الشريكين نصيبه **وقوله** ولانه ما من
جزء دليل اخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشائع ما من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل

شيا هو شريك فيه كان عاملا فيه لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا علي غيره لعدم تحقق التسليم اليه
ولقايل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك ن
والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر في فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الي ما وقع لغيره والجواب
انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء علي امر مخالف
للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر باعتبار جهة كونه عاملا لنفسه
فقط فلم يستحق الاجر قوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم علي استيجار الدار المشتركة
ووجهه ان المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدونه وضع الطعام فيه فانه اذا
تسلم البيت ولم يضع الطعام فيه اصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل
وتسليمه في الشايع لا يتحقق كما مر وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياسه علي استيجار العبد المشترك
ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في
الشايع كما في البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي وكان الضابط ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع
عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل
الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انها للزراعة او لغيرها او بين انها للزراعة ولم يبين ما
يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر للزراعة تستاجر لغيرها كالبنا
والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف فما يضر بالارض من غيره كالرطبة والارز فان ضررهما بها اكثر من ضرر
الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضي الاجل وجب المسمي استحسانا
والقياس ان لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا ووجه الاستحسان
ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد
ينعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضار او ليس بضار فقد ارتفعت
الجهالة المفضية الي النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد
لان كل جزء منه بمنزلة ابتدايه ولو ارتفعت من الابتدا جاز فكذا ههنا وصار كما اذا استاجر الي الدياس
مثلا ثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار الي اربعة ايام ثم اسقط الرابع
قبل مجيه وهذا رد المختلف علي المختلف فان زفر رحمه الله لم يقل بذلك ايضا لكن لما اثبت
ذلك بدليله فكما تقدم ذكر ههنا نظرا الي المبادي لا يقال ذكر هذه المسالة تكرار لانه في اول
باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتي يسمي ما يزرع فيها لان
ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل علي زيادة فايدة هي قوله وان زرعها ومضي
فلها المسمي ومن استاجر حمارا الي بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في
نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستاجرة امانة في يد المستاجر
لان حكم الفاسد انما يوجد من الجايز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لان مباشرة مامور بنقضه فلا بد ان يوخذ
من الصحيح حكمه فان بلغ بغداد فله الاجر المسمي استحسانا كما مر في المسالة الاولي وهي قوله وجه
الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد
تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الي النزاع فانقلب الي الجواز ووجب المسمي وان اختصما قبل
ان يحمل عليه وفي المسالة الاولي قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قايم بعد

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان قال رحمه الله

الاجرا علي ضربين لان الاجرا جمع اجير وهو علي نوعين اجير مشترك واجير خاص والسوال عن وجه تقديم
المشترك علي الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتي يعمل ايضا تعريف
دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتي يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة
علي معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متي يستحق ان بعض الاجرا
يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته علي معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتي
يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الي ذلك قوله كالصباغ ن
والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل
علي التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والجواب انه من التعريفات اللفظية
وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة
لواحد بيان المناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتي يعمل يسمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه
الي اخره ويوبد قوله فمن هذا الوجه يسمي مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيا عند ابي حنيفة
وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شي غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ
اذا اهلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير ومن جهته
فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر فانهما يقولان انما تصور المسالة في حافظ الامتعة باجر
فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف
انفه والحريق الغالب والعدو المكابر فانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين في يده لان القبض
حصل باذنه ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا
لضمنه كما في المغصوب فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات
بما امكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب والحفظ مستحق عليه
تبعا لا مقصودا وذلك لان العقد وارد علي العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود
اصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل
لم يتعد الي ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتي يقابله الاجر
قال رحمه الله وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق
الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة بمدها
الراكب مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا
اذا استاجره ليدق الثوب ولم يزد علي ذلك ما يدل علي السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم
والعيب عملا بالاطلاق وصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن اي الامر
ما هو الداخل تحت العقد لان الامر انما العقد ولازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل ن
الصالح لانه هو الوسيلة الي الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة
لكونه هو المقصود حتي لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا
بالسلامة فلم يكن المفسد مامورا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييده عمله بالمصلح
لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم انه يلتزم حوازا الامتناع عن
التبرع فيما يحصل المضرة لغير من يتبرع له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي
السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير الوحد علي ما نذكره قوله وانقطاع الحبل جواب عما عسي

ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه الا انه لا يضمن به اي بفعله بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان المعقود ومن استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسالة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان ذلك من صنعه ولم يدخل تحت العقد واما الخيار فمع ان القياس يقتضي ان لا يجب عند ابي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمل منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار اي الجهتين شاء فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا واذا قصد الفصاد او البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بامر صاحبها وحجام حجم عبدا باذن مولاه فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك الى اخره وانما اعاد رواية الجامع الصغير لنوع بيان ليس بمذكور في رواية القدوري فكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما القدوري فلانه ذكر التجاوز عن الموضع المعتاد وبين انه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين ان الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم تكن بامره ضمن ووجه ذلك ان الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنهما غير ممكن لانه اي السراية تبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول هو غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتاب ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لا يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت اجيب بان ذلك بحسب قدر التجاوز ففي الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد كثر جنايته انتقص ضمانه اجيب بالكمال قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس كذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يقع اتلافا وان لا يقع والتفاوت غير مضبوط فكان هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل الا ان يقع اتلافا قال رحمه الله والاجير الخاص والاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة شهرا مثلا او لرعي غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر قوله

ولهذا

ولهذا اي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له يستحق الاجر مستحقا وان نقض العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كانه لم يعمل بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان بفتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غاب او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله او تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد اما اذا تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا تلف في يده فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند ابي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الوحد لا يتقبل العمل بل يسلم نفسه فيكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير المامور اي الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم بالصواب

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال رحمه الله واذا قال للخياط اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذا اذا كان التردد بين الصبغين والداريني اي الدارين او الدابتين او المسافتين وكذا اذا كان التردد بين ثلاثة اشيا اما اذا كان بين اربعة اشيا فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان فبايهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في الغد في اليوم قوله خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر اللازم

عند العمل كما نعقد ولهما ان ذكر اليوم للتأقيت لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق اي الاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون مراده لكونها حقيقته واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان **قوله** ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل اخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة الخياطة فائدة فيفوت ذلك ويكون التاخير مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي الاضافة ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان التخفيف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الاخر بالتاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اي لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير واذا كانت الحقيقة ممكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة فلا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات وكذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وحينئذ يجتمع في العقد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل ولقائل ان يقول في حمل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الاخر تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول ابي حنيفة مسألة الحانوت فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وافسد العقد وههنا للتعجيل وصححه واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك الا بمانع عن ذلك ما لم كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فعدل ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمه على المجاز فكان التأقيت مرادا وفسد العقد ورد بان دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم ان قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب اجر المثل فقد اختلفت الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني وروي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري هي الصحيحة وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه **قال** رحمه الله ولو قال ان سكنت في هذه الدكان عطارا فبدرهم ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين او استاجر بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم وان اسكنت حدادا فبدرهمين او استاجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند ابي حنيفة خلافا لهما وان استاجرها الى الحيرة بدرهم فان

جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة خاصة كما في نظائرها وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فانه قيل مسألة الخياطة الرومية والفارسية بجهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر انما يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه اي اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخواتها **قوله** والاجارة جواب عن قوله يجب الاجر بالتخلية الى اخره وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة اما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان تسلم ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن به والله اعلم بالصواب

تاخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته ومن استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستاجر في ملك منافعه كالمولى والمولى ان يسافر بعبده فكذا المستاجر اجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا فصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة حصلت له من حيث انه تقرر حقه في الاجر فلو كان للمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فان المدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج ان يضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضرورة يتقيد بزمان ومكان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجبه او نقض بمؤنة الرد على ما ذكرنا بوجه ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم اراد المستاجر ان يسافر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا يفسخ به الاجارة **قوله** فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الحضر عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما في الركوب فانه اذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستا

برصح

زكي دفع صح

جر

غاصبا بالاستعمال ولا اجر له على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاوز الدفع لم يكن له ان يسترده منه **قال** رحمه الله ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه ٥ ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور ماذون في المنافع ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا مال غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوب ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر في قوله والنافع ماذون له فيه كقبول الهبة واذا كان ماذونا وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفايدته تظهر في خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا اجر العبد المغصوب نفسه فان اجره الغاصب فلا اجر له لانه ما لك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة له المولى لانه العاقد ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لان المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استاجرتك هذا العبد شهرا او سكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد ونظرا الى تنجز الحاجة فان الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا ٥ مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المستاجر من المنكر فكان الموجر قال لعبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة **قوله** ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الى اخره ظاهر خلا قوله فيرجح بحكم الحال فانه استشكل بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بشيء لان المصنف اشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلاميهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله اعلم بالصواب

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من بيان ذكر احكام المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض **قال** رحمه الله واذا اختلف الخياط ورب الثوب ٥ اذا اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة او الحمرة او الصفرة فالقول قول من يستفاد

اتفاقهم

منه الامر وهو صاحب الثوب عند علمائنا لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذ واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى كما لو قيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على المامور به والاجير خالف وهاهنا قد اختلفا في ذلك فكيف يكون هذا مثل ذلك واجيب بانه مثله الا انه لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هاهنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الاجير اعتبارا فكانا في الحكم في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحوض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله لانه تتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة هاهنا للاستحقاق لا للدفع والله اعلم بالصواب

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة **قال** رحمه الله ومن استاجر دارا ٥ تنفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعي فاذا استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهب احدى عيني العبد فلا يفسخ له **قوله** لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا زال الموجر ما به العيب لا خيار للمستاجر لزوال سببه واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غايبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات

المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وصح العقد
النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استاجر دارا فانهدم من بناه الموجر ليس للمستاجر ان يمنع
ولا للموجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه ينفسخ واستدل لذلك بان المنافع فاتت
على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع **قوله** ولو انقطع ما الرحى والبيت مما
ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اورده استشهادا به على انه
لا ينفسخ بانقطاع الما واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي
العقد صار المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل
بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة
المملوكة لان عقد الاجارة تنعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك
قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف
لم ينفسخ بانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه في
الابتدا كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استاجر دابة الى مكان معين
فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد
مات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه
يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه
فيستاجر الدابة منه قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها متاعه ينتقض الاجارة وكذا
او مات في موضع فيه قاض ينتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقا الاجارة مع وجود ما ينافي البقا وهو موت
الموجر واذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد
نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه ينفسخ الاجارة ولم يعقد ه
لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بان كلما انفسخ يكون
بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا
مات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير ما انعقد له مستحقة
بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله **قال** رحمه الله ويصح شرط الخيار في الاجارة ه اذا استاجر
دارا سنة على انه او الموجر بالخيار فيها ثلثة ايام فهو جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي رضي الله عنه
لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر
فلا يمكن تسليمه على الكمال كذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بنا على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة
كالاعيان القايمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق
القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد
معاملة يحتاج الى التروي ليلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم
فكذا لخيار الشرط **قوله** عقد معاملة احتراز عن النكاح و **قوله** لا يستحق القبض فيه في المجلس
احتراز عن الصرف فيها لا يصح و **قوله** بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود وانما
كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل ممكن وفي الاجارة فيشترط فيه
دونها لان التكليف انما بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة
يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا
عندنا خلافا للشافعي قاله في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر او قد

طالب

طالب التسليم او لم يطلب ثم تحاكما ليس له ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للموجر ان يمنعه
عن ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد فيما بقي بنا على الاصل الذي بينا ان المنافع عنده
في حكم الاعيان القايمة فاذا فات بعضها ولو العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة
وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق
الصفقة وعلى هذا يكون **قوله** ولهذا يجبر المستاجر بان نوع اخر لنا لا استشهادا جيث لم يكن
الخصم قايلا به **قال** رحمه الله وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا ه وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا
وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب بنا على ما مر من ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد
عليها فكانت كالمبيع والبيع لا ينفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود
عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمعه
الاجارة والبيع جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق
به وهذا هو معنى العذر عندنا والشافعي يجوزنا اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع او استا
انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس او استاجر رجلا ليقطع يده لاكلة وقعت بها ثم برات فانه
لا يجبر المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زايد لم يستحق
بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم فقال ثم **قوله** اي قول القدوري
في المختصر فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقض وكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في
الجامع الصغير وكلما انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيها الى القاضي
وذكر وجهه في الكتاب وذكر في الوجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي وفيما مر غنية
من وصحح شمس الايمة السرخسي ما ذكره في الزيادات وصحح قاضي خان والمحبوبي قول من وفق فقال
اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضا لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين
يحتاج الى القضا لظهور العذر اي لان يظهر العذر **قوله** ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له
من السفر اي ظهر له فيه راي منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع منها **قوله** ومن اجر عبده ثم
باعه فليس بعذر هو لفظ اصل الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعدما اجر اختلفت الفاظه
الروايات وقال شمس الايمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حقه حق المستاجر
وليس للمستاجر ان يفسخ البيع والبيد ما لا الصدر الشهيد و **قوله** ان الذي يخيط باجر فرا
ماله الخيط والمخيط والقراض لا يتحقق فيه الافلاس قيل وقد يتحقق افلاسه بان تظهر خيانته
عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ابا الناس لا يامنون
على امتعتهم **قوله** ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال الموجر
لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة واصر المستاجر على دعوى السفر فالقاضي يساله عمن
يسافر معه فان كانت فلان وفلان فالقاضي يسالهم ان فلانا هل يخرج معكم او لا فان
قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه
ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل
يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرخي والقدوري مسايل
منثورة معنى المسايل المذكورة قد تقدم وحصل الزرع اي حزه والحصايد جمع حصيده
وحصيد وهما الزرع المحصود والمراد ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض
معناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادية قال في النهاية بالنون من هدن اي سكن

وفي نسخة هاد به من هدا بالمراي سكن وهذا الفصل الذي ذكره من الهداية والمضطر به
اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله **قوله** واذا اقعد الخياط يعني اذا كان الخياط
او الصابغ او الصائغ دكان معروف وهو رجل مشهور وعند الناس وله جاه ولكنه
غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل
الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز
لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا يصلح راس مال الشركة ولان المتقبل
للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل اجيرا بالنصف وهو مجهول وان تقبل
العمل العامل كان مستاجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي
رحمه الله مال الى وجه القياس وقال القياس عندنا اولى من الاستحسان وجه الاستحسان
ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل الا ان شركة التقبل
ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل لحذاقته
وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل به قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن فان شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا
ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر **اجيب** بان الشركة في الخارج تقتضي
اثبات الشركة في التقبل ثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل
والاخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة
في التقبل اقتضاء فكانهما اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل
الاخر جاز كذا هذا هذا هو المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المصنف
فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يتقبل وهذا
بحذاقته يعمل ليس بشركة التقبل والله اعلم واذا كانت شركة لا اجارة لم تضر الجهالة
فيما يحصل كما في الشركة **وقوله** ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا ظاهر والوطا الفراش
والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء وغيره **قوله** ورد الزاد معتاد جواب عما
يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم ياكلون من الزاد
ولا يرد وان شاء مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء
والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو انما اطلق العقد
على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يتبدل لعدم رد ما نقص من المحمول فوجب
جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المنع المانع والله اعلم بالصواب

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد
منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض
بالايجاب والقبول بطريق الاصالة ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق
والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرج به البيع والهبة بشرط العوض
وقوله بطريق الاصالة يخرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان
ذكر العوض ليس بطريق الاصالة وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب
عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب

كتاب

كتاب العتاق لان الكتابة مالها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك
لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة
لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات
وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم والكتابة
عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يودي معناه من كل وجه **فقوله**
عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى الايجاب والقبول وذلك غير
مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال
فانه وان كان ينعقد لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة
او ما يودي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى لان المكاتب بالعجز يعود رقيقا
دون المعتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور وشرطها قيام
الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك
الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه وثبوت الحرية
اذا ادى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت
حالة والملك في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة على ذلك **قوله** لعبده كاتبتك
على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال له جعلت عليك الفا تؤديها
الي نجوما اول نجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة
قال واذا كاتب المولى عبده او امته ه اذا كاتب المولى عبده او امته على مال
شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا
اما جواز هذا العقد من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته
على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره
ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان الحكم لا خلاف المشروعية وهو ان الكتابة
عقد واجب ان يعمل او مندوب او مباح تعرض لذلك بقوله وهذا ليس امر ايجاب
باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه المكاتبة وقد
علم المولى فيه خيرا يجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقالوا انما هو امر ندب هو
الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وفي قوله ان علمتم فيهم خيرا منه كونه على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب
عبده اذا علم فيه خيرا وقال ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق
وكلام الله منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال له لان الندبية متعلقة به وذلك لان
المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم
فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح فيجب حمله على الندب واما اشتراط القبول من العبد
فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء
لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة
دنانير فهو عبد وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي
في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر
ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد

لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه
وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم
يقل المولى اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي رحمه الله لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان
اديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم على نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك الفا على ان
تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق بكل اهذا ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه
ههنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح به
كما في البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا
بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله
تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الاية على ذلك
خفية جدا لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله امرنا
ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء
والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين
فحمله على حط ربع بدل الكتابة عملا بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله
فكاتبوهم لا بمقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا
بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك ٥
قال رحمه الله ويجوز ان يشترط المال حالا لا بدل الكتابة • يجوز ان يشترط كونه حالا ٥
ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا بد من تنجيم لانه عاجز عن التسليم
في قليل من الزمان لانه من خروجه من يد مولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد اهلا لملك المال
والعاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضي بانحسار اليدين فلا بد له من اجل لجاب
بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة
ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق
المكاتب اثبت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض
واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام
على العقد عليها فيثبت ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة
وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز
ابتياع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فاشبه الثمن في البيع والقدرة
عليه ليست بشرط وكذا على البدل والسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه
البيع ولا بد من القدرة عليه كما عرف من اصلنا وكذا ذكرناه في التقدير مستوفى ولان
مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد كره اذا العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر من
مولاه انه يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضي او بقضاء
القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس الامهال فيه ظاهرا ولا يجوز كتابة
العبد الصغير الذي لا يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول
اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه ولا يجوز بالنسبة النافع وخالفنا الشافعي
رحمه الله فيه وهو اي هذا الخلاف منه بناء على مسالة اذن الصبي في التجارة فانه لا يجوزه

لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان
رايه يجبر برأي الولي والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا
يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قوله
ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت
حر لبيان انما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت
عليك كذا وكذا على ان تؤديها الي نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يتادى عنه
الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت
فانت رقيق ليس بلازم وانما ذكر لحث العبد على اداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة
ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر اختلفت الروايات في رواية ابي سليمان هو
مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة
لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله قيل اي في رواية
لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام رحمه الله وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي الفا في
هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه
يدخل في ساير الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يخص بكون تفسيرا فلا يكون
كتابة قال رحمه الله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى
ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد
المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فينضم مالكية
يده الحاصلة في الحال الى مالكية النفس نفسه التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء
يقتضي وجودهما ومالكية النفس قبل الاداء فاسد من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب
عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم او ليتحقق مقصود الكتابة وهو اداء
البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر طويلا كان او غيره وان نهاه المولى عنه اولى لان مقصود
المولى هو اداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا من قوله صلى
الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما مر ومبناه على المسا
واة فيتعبد من ذلك اي المساواة باعتبار التساوي لتنجز العتق ويتحقق انه ناجز لانه يثبت بمادة
للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل وانما
كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع التنافي اذ المولى لا يستوجب على العبد دينا
ولهذا لا يصح به الكفالة ولو ثبت العتق به ناجزا كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما ما عرفنا
المساواة فانه على ذلك التقدير ايضا لنوع المالكية ثابت له من كل وجه فاين المساواة لا لان
نوع مالكيته ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان تنجز المولى عتقه عتق بعتقه بالكتا
المتقدمة لانه مالك لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما يبغيا
مجازا واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها توصلا الى المقصود بالكتا
وهو الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان فانهما
الشرع بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم والزم العقر عند استحقاق الجارية
وعقر وطئها بشبهة ولو كان الوطء كاخذ المنفعة لتقدير بقدر الاستعمال وليس كذلك
فانه بايلاج واحد والتجني عليها او على ولدها لزمه الجناية وقوله لما بينا اشارة الى قوله

لانها صارت اخص باجزائها **فصل** في الكتابة الفاسدة وجه تاخير الفاسدة
عن الصحيحة لا يخفى على احد **قال** رحمه الله واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا تفسد عقد الكتابة
عليها ذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد
نفسه او على دابة او ثوب او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا
بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد
فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة
واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير اولى على ما يذكر فاذا عرف ذلك فان
ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال له ان اديت الي فانت حر او لم يقل في ظاهر الرواية
عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل
في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة
الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر
لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا قيل اي باداء قيمة نفسه لانه البدل معنى قال في
النهاية وهذا الحكم الذي ذكره ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكر في المبسوط
والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف ولا يذكر كلمه عن قلت يصح ان يكون الالف
واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك
غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها
فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كانت الكتابة
على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينها الا اذا قال ان اديت الي فانت حر وجه ظاهر الرواية
وهو الفرق بين الميتة والخمر والخنزير ان لهما في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق
عند اداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه
فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته
لانه وجب رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد
اذا تلف المبيع ويجب القيمة بالغا ما بلغت لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب
القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى
ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى
بالنقصان لان بعد الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء
كانت في المسمى او في القيمة كيلا يبطل حقه في العتق فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد
فيفوت له ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة
انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق لصلاحية عدم الرضا بالزيادة
لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما اذا كاتبه
على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق
المسلم تسليمه ولم يذكر ان القيمة بماذا يعرف قيل يعرف باحد امرين اما ان يتصادقا على ان ما
ادى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما
فصار كقيمة المغصوب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين ان تنفق الاثنان منهم
على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق

لا تثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان كما في البيع
فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان
يعتق باداء ثوب كما عتق باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء
الثوب وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والاطلاع على ذلك متعذر
لاختلاف اجناسه فلا يعتق به لان ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدلال
مراده بتقويم المقومين فان قلت فانه ادى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق او لا
قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان مجهول القدر والجنس
فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة
قال رحمه الله وكذا ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتب عبده على شيء هو لغيره
فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد او لا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه او لا فان لم
يجزه فاما ان يملكه المكاتب بسبب واداه الى المولى او لا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين
بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين
في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في
ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز
يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه ما اذا تزوج امراة على عبد
غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل
ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال ووجه الظاهر
ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة شرط الصحة اذا كان العقد
يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان بدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى
جواز الكتابة الحالة والثمن معقود عليه لا معقود به فلا يكون القدرة عليه شرطا فالجواب
ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة
المقايضة فيصير للبدل حكم البيع فيشترط القدرة عليه **قوله** بخلاف الصداق في ذلك
لان القدرة في النكاح جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو
المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط
لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة
تخصيص العلل ومخلصه معلوم فان اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه
يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز
فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف
البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فيصير العين من اكسابه وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به الى
قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما اجازه المالك وبين ما لم يجزه ان عقد
الكتابة فيما نحن فيه لا يفيد ملك المكاتب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك المكاسب
وفي بعض النسخ لانها اي المكاسب لانه لا بد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة
الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسألة فيه اي فرض المسألة في ذلك على ما
بينا ان مراده شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير

انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجزه لكن ملك المكاتب العين بسبب واداه فعن ابي حنيفة رواه
ابو يوسف عنه وروي عن ابي يوسف ايضا انه لا يعتق وعلي هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو
الاداء الا اذا قال له اذا اديته فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف يعتق قال ذلك او لم يقل
لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط والكتابة علي عين معين
في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية كتاب
المكاتب لا يجوز وهي مسئلة الكتابة علي الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك الكتابة علي
شي بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهي ولم يذكره ههنا لطوله وذكر بعض
الشارحين علي وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه علي مال معلوم مقدور التسليم فيجوز
ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه علي عين من اعيان ماله
وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه علي دراهم ودنانير في يد العبد بان كان ماذونا
في التجارة فاكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة
علي دراهم مطلقة وهي جائزة **قال** رحمه الله واذا كاتبه علي مائة دينار واذا كاتبه علي مائة
دينار علي ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله هي جائزة وتقسم المائة دينار علي قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط
ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الي
الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل هو الاصل في ابدال العقود وقالا المو
اي هذا الاصل ولكن فيما صح الاستثنا واستثنا العبد بعينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته
وهي لا تصلح بدلا للتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه علي حيوان وبين جنسه كالعبد
والفرس ولم يبين النوع انه تركي او هندي ولا الوصف انه جيد او ردي جازت وينصرف الي الوسط
من ذلك الجنس وقدره ابو حنيفة رحمه الله في العبد بما قيمته اربعون دينارا وقالا هو علي قدر غلا
السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الي قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر
ان يكون البدل علي اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الي الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول
اذا ثبت في الذمة ان ينصرف الي الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر
علي قبول القيمة لانه تضاف معنى الاداء علي ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف
بها وقد مر في النكاح فصار كانه اتى بعين المسمى وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها
يتحمل في الكتابة لان مبناها علي المساهلة فيعتبر بجهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال
كاتبتك الي الحصاد او الدياس او القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنهما
اجاز الكتابة علي الوصفاء وهي جمع وصيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعي رحمه الله لا
يجوز وهو القياس لانها معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه
والبيع مع البدل المجهول والاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس
فاسد لان قياس الكتابة علي البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء والاول لا
يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر
في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء وفي ان مبنى كل منها علي المسامحة وهذا
المقدار كاف في الحاقها بالنكاح **وقوله** بخلاف البيع لانه مبني علي المماكسة وهذا المقدار
كاف في الحاقها بالنكاح **وقوله** بخلاف البيع علي المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه

مثل

مثل ان يقول دابة او ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل اجناسا وكذلك الثوب فتفاحش الجهالة
واعترض علي المصنف بان شمول اللفظ للاجناس لا يمنع الجواز فيما اذا كاتب علي عبد لان
المصنف رحمه الله ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشرى العبد
والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا ومتوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة
والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني علي المماكسة كالبيع والوكالة
لا فيما بني علي المسامحة كالكتابة والنكاح **قال** رحمه الله واذا كاتب النصراني عبده وان كاتب
النصراني عبده الكافر علي مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان
المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الغرض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك
فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة
بقي النقل من يد الي يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا
يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه
قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع علي ما قاله البعض لان العجز
كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا يصلح عوضا في البيع بحال فيفسد ويصلح في الكتابة
في الجملة فانه لو كاتب علي وصيف اي عبد للخدمة واتى بالقيمة يجبر علي القبول فجاز ان يبقى
العقد علي القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد بقوله علي ما قاله البعض لان بعض المشايخ
قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع واذا قبض
المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض
الاخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من
اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر لا
يعتق وهذا لان عقد الكتابة يتضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق
وذكر التمرتاشي انه ان ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق علي احدهما بينها
وبين المسلم اذا كاتب عبده علي خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق اذ في هذه المسئلة انقلبت
الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه انعقد صحيحا علي الخمر ابتداء وبقي علي القيمة
صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل علي ان الخمر لم
يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك
فلا حاجة الى اخراجها عن البدل واذا بقيت بدلا اعتق باداءها والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا
يجوز له فان جواز التصرف ينبني علي العقد الصحيح **قال** رحمه الله ويجوز للمكاتب البيع
والشرا قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب
من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج
من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيانه ثمه ووجه الاستحسان ان
هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد علي جهة الاستبداد وثبوت
الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب
في الارض والتقلب بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل

فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني لان الشرط الباطل
انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على خمر
مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا في ما يقابله فلا يفسد به الكتابة
وهذا اي هذا التفصيل لان الكتابة تشبه البيع من حيث المعاوضة وعدم صحتهما بلا بدل واحتمالهما الفسخ
قبل الادا ويشبه النكاح من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط
وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح وبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه
البيع او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك لانه لا
يحصل للمكاتب شي وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق ولدخوله
في الكتابة وهي اعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة والاعتاق لا يبطل
بالشروط الفاسدة قال رحمه الله والتزوج ليس وسيلة اليه. الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة
التوسل الى المقصود مقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب
للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر الا اذا اذن له
المولى بذلك التجارة لان الملك فيه قايم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشي اليسير وكلامه فيه ظاهر والتجار
عند العامة هو الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر
به فحذف الى الجاهر كذا في المغرب ولا يتكفل لما ذكر ولا يملكه لنوعيه يعني في الحال سوا كانت بامر المكفول
عنه او بغير امره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا بما ادى
للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيح في حقه فكان كفالته ككفالة
العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا يجزي ذلك ولا ينافيه اجيب
بانه يضر فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال قوله وان
جوز انه جاز ظاهر وقوله ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له يريد به ملك اليد وهم يملكه ومن
ملك شيئا جاز ان يملكه غيره كالمعير يعير بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما وجب للاول
فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على الادا الا ان هذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه
وهو لا يجوز قوله فان ادى الثاني يعني اذا ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل ادا الاول لعتق الثاني
لتحقق شرط عتقه وولاوه للمولى لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة
المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول ويصح اضافة الاعتاق اليه
في الجملة يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستيمان
على مواليه فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية لكونه رقيقا اضيف اليه اي
الى المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته
للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولا اليه لان المولى جعل
معتقا مباشرة حكما لما ان العقد لم ينتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق والولا لا ينتقل
عن المعتق مباشرة وقيد بقوله مباشرة ليلا يرد جر الولا فان ثمه مولى الجارية ليس بمعتق
للولد مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر
الاضافة الى العلة والتحقق عند عدم عتق الاب فاذا اعتق الاب فيجر الولا الى قوم الاب وان
ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاوه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولا وهو
الاصل فيثبت له قال رحمه الله وان اعتق عبده على مال. قد تقدم ان المكاتب انما يملك

ما كان

ما كان من التجارة او من ضرورتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره هاهنا ليس من ذلك فلا
يملكه قوله واما الثالث فيفتقر له لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد
بذلك العيب وكلامه ظاهر قوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب
للمال قوله وكذلك الاب والوصي ظاهر وقوله ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا اما
في تزويج الامة فلما مر انفا واما في الكتابة فلانه بالحرية يرد رقيقا فربما كان المحجور بعدا داخوم ذلك
لا شك في كونه نظرا قوله فاما الماذون له فظاهر قوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمعاوض
ذكر في بعض الشروح يجوز له ان يزوج الامة فكذلك الماذون له واعتبره بالاجارة اي اعتبر التزوج
بالاجارة فان الماذون له ان يوجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه واعتبره مترادفان
وقيل استعمال القياس بين العينين اي الماذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين اي التزوج والاجارة
لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه
اولا بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة
مال بمال بخلاف التزوج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين
عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته ولهما وهو الفرق بين الماذون والمكاتب ان الماذون
له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك
والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يوصل به الى المال وبالتزوج يصل المولى الى
المهر فكان اكتسابا وقوله ولانه اي التزوج دليل اخر ومعناه الاعتبار التزوج بالكتابة
لانهما مبادلة ما ليس بمال بالمال واولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب
الاجارة مال ولهذا اي ولان التزوج ليس من الاكتساب لا يملك هولاء اي الماذون له والمضارب
والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب لما له فصل
لما فرغ من ذكر مسايل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسايل من يدخل فيها
بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال رحمه الله واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه
دخل في كتابته تقديم الاب في الذكر هاهنا على الابن للتعظيم واما في ترتيب القوة في الدخول في
كتابته فالابن مقدم على الاب سوا كان مولودا في الكتابة او مشترى فان المولود مقدم على المشترى
فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يجوم بيعه حالة الحيوة ويقبل
منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى يجرم بيعه حال الحياة ويقبل منه البدل بعد موت
الاب حالا ولا يمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية واما الاب
فانه يجوم بيعه حال حيوة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا موجلا وانما قال دخل
في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي
وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان الكتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق
بين المشترى في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق
المشترى لم يسقط من البدل شي واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب
بان المشترى تبع من كل وجه ولا معتبر في امر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة واما
الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا
يسقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من يعتق وبينه وبين الاد دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم
يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذا رحم محرم

منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب
الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولابي حنيفة رحمه الله ان للمكاتب كسبا لا ملكا
لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي
للصلة في الولاد لا في غيره الا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب
نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه اي قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام
والقريبة القريبة وهي الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين فالحقناها
بالثانية اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق عليه كما اذا ملك والده وولده وبالاولى
اي البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا
اولى من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه
واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما
قال رحمه الله واذا اشترى ام ولده ** امرأة المكاتب الفنة اذا ولدت قبل ان يملكها
المكاتب بوجه من الوجوه ثم ملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل
في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان
ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولده خلافا لابي حنيفة رحمه الله له ان القياس جواز
بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادى عتق
وما اتصل به فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ وكسب المكاتب يقبل
الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لانه ما لا يقبله اقوى من الذي يقبله
والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها
ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت الحق يثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل
ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع
انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله
صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد مما يعتق لامرأة ملكه الاب و **قوله** والقياس ينفيه
يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وان ولد المكاتب ولد من امة
له دخل في كتابته لما بينا في المشتري يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان يكاتب ان لم يكن
من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري فمن اين له ولد من الامة حتى يدخل في
الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطي امته لكن وطي وادعى النسب
ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطيها لكن ان وطيها فولدت فادعاه ثبت
النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب كان الولد ولده
والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب
بما له من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر فنفيا من الملك له في نصفها ههنا اثبت نسب
الولد منه من وقت العلوق وثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد
قوله وكان حكمه كحكمه اي حكم المولد كحكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد للوالد
لان كسب الولد كسب لوالده وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة
اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان
حق امتناع البيع ثابت فيها موكدا فصار من الاوصاف الفارة الشرعية والاوصاف الفارة الشرعية

في الامهات

في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله موكدا اشارة الى
ذلك احترازا عن ولد الابقة فان بيعها لا يجوز ويبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الابقة
غير موكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستاجرة والجانية فان الامة اذا تصرفت بهما
امتنع بيعها الا مقرونا بشيء لكنه ليس بموكد فقولهم الاوصاف القارة احترازا عن مثل هذين
الوصفين وقولهم الشرعية احترازا عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسري واذا
سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه **قال** رحمه الله ومن زوج امته
من عبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد
ولهذا كان الاولاد داخلا في كتابة الام وكسبه لها **قوله** لان تبعية الام ارجح اشارة
الى ما ذكرناه ولهذا لو استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها
وكسبه لها اي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان ما يتبع
الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها بحيث يقرض بالمقراض وان تزوج
المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا
ياخذها المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله اولادها احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب
في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن
من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد
عنده تتاخر ادوها الى ما بعد العتق واليه اشار المصنف بقوله لان حق المولى هناك مجبور
بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو
الضرر اللاحق بالمستحق بالتاخر فيبقى على الاصل اي الاصل الحر ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عند
لانه الغرور وحصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق
وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل اذا كان الزوج
حرا باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب
ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متاخرة الى ما
بعد العتاق فكان المانع عن الالحاق موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتاخر فيبقى على
الاصل فلا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة وطئها بغير اذن المولى وباذنه لكنه بغير
اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ
به في الكتابة من غير تاخير الى الاعتاق وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق فيما
اذا كان بغير اذنه وحكم الملك ولنا له كذلك فاكان او ملك برا والفرق ان الملك كور في الكتاب
تعزيره الكتابة اوجبت الشرا والشرا اوجب سقوط الحد والحد وسقوط الحد اوجب
العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح **فصل** ومسائل هذا
الفصل نوع اخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة
من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها
وصارت ام ولد له سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في الرقبة
ولها حق الملك والحقيقة راجحة فتثبت من غير تصديق وانما تتخير لانه تلقاها جهتا حرية
عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به

فسنة اشهر او لاكثر وهو حر لان المولى يملكه الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى
كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلان يملكه ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى
قوله وماله من الملك دليل قوله ويثبت نسب ولدها بالثابت من المولى ويندفع به ما عسى ان يتوهم
ان ملك المولى في المكاتبة ناقص ولا يصح دعوته لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب اذا ادعى نسب
الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلان يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة ومضت عليها
اخذت العقر من مولاها اي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها ومنافعها على ما مر ثم ان بقي قبل فصل
الكتابة الفاسد بقوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ثم ان مات المولى
يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما تقدم فان قيل
وجب ان لا يسقط لان الاكساب سلمت لها وهذا اية بقاء الكتابة اجيب بان الكتابة
تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى
انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا بطل فلما عتقت بالاستيلاد
بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا
بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط وان ماتت وتركت مالا يؤدي منه مكاتبتها وما بقي
ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو
ولدت ولدا اخر وهي ماضية على الكتابة لم يلزم المولى السكوت اذا لم يكن محرم الوطء وهذه
تحرم وطؤها فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر **قال** رحمه الله واذا كاتب المولى ام ولده
جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك البدل في الحال والحرية عند اداء البدل فمحتاجة ام الولد
الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى لحاجة غيرها فكان جائزا لا يقال احدهما يقتضي العتق
ببدل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما
جهتي عتق يتلقاها على سبيل البدل وعورض بان مالية ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة
رحمه الله فكيف تقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها متقوم ثابت يدا
ورقبة والكتابة لرفع الاول في الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز ان يقابل
ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفى بعض الاولياء فانه يقابل حصة
الاخرين بالمال فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها
بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير
الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة بالنسبة الى البدل ولو بقيت
في حق الاولاد والاكساب بعتق الاولاد وتخلص لها الاكساب ولقائل ان يقول الكتابة
عقد واحد فكيف يتصور بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان
بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل
والثاني ان يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني
بعتقهم واولاده ويخلص له ما بقي من اكسابه وحيث احتجنا ههنا الى ابطال الكتابة
نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه لا بقائه في
كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له
والمعلول الواحد لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة
هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتامله فلعله سديد ولو ادت المكاتبة

بالنصب اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو بتقدير مضاف قبل موت المولى
عتقت بالكتابة لانها باقية وان كانت مدبرته وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من ام الولد
ووضعها في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير
مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى
ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة وفي جميع بدل الكتابة عند
ابي حنيفة رحمه الله وقد اوضح كلامه فيتعرض لبعضه زيادة ايضاح **قوله** فيتخير لان
في التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز ان يكون اداء الاكثر الا انه ايسر باعتبار الاجل واداء الاقل
اعسر لكونه حالا فكان التخيير مقيدا **قوله** وجب عليه اخذ البدلين فيختار الاقل قد اعترض
عليه بان الاعتاق لما يتجزى عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت
السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فبقيت كذلك
نظرا بكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه **قوله** انه قابل البدل بالكل لانه اضاف العقد
الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل كالقنة فتصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث
بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل
قوله فصار كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة صورته ان يكاتب عبده اولا ثم يدبره ثم
يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه
المسئلة **قوله** لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا اي مكشوفا بينا لا يخفى على احد لان اخراجها
عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان اعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات
المولى عن مال يخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية
ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق
حريته فتعين ان يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ولقائل ان يقول
لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا ادت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل
والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف لانه لا يقول بتجزي الاعتاق واما على قول ابي حنيفة
رحمه الله فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر ان يبقى بعضه غير
حر وبعد ما مر كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له **وقوله** اذ لا استحقاق
عنده اي عند الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير
سقطت حصته من بدل الكتابة وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا انه يلغيها جهتا حرية ولها الخيار
ان شاءت مضت على كتابتها وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة
من جانب المملوك لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان ذلك على المولى
فله ان يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين
السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا
في الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزي الاعتاق واما المقدار فمتفق عليه ومحمد مر على اصله لا يحتاج
الى فرق والفرق لهما بين هذه وبين ما تقدم ما بينا ان البدل ههنا مقابل بالكل الى اخره **قال**
رحمه الله واذا اعتق المولى مكاتبته عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة لان الكتابة بنا
انما كانت وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها
فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا يقبل الفسخ اجيب بقوله والكتابة وان كانت

لازمة في جانب المولى ولكنه ينفسخ برضا العبد واللزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه كما لو باعه المولى او اجره برضاه والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل فانه اذا رضي به ببدل فبلا بدل يكون ارضى **قوله** مع سلامة الاكساب له لانا سقي الكتابة في حقه اشارة الى جواب ما عسى ان يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له فلعله يكون للاكساب كثيرة بفضل بعد اداء البدل منها له جملة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه ليبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا لا يقال هلا جعلت اسقاط البعض الحق لجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير الف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة ووجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا وكان اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمه ربا وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو بعينه ما الاحراز وذلك في الاجل يتصور ولان قوله فاعطي له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ولا معنى اما لفظا فان اعطي متعد الى مفعولين بلا واسطة وقد استعمله باللام واما معنى فلان قوله الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان اراد بقوله فاعطي له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب ان ما ذكرتم ان المال ما يتمول به تحر صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس ما نحن فيه كذلك وانما المراد به هنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرته الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن اعطي معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشيء يجوز ان يكون جهة في شيء ولا يكون معتبرا فبين بانه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب **قوله** ولان عقد الكتابة وجه اخر للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والاجل ربوا من وجه ففيه شبهة الربوا وشبهة الربوا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة لا شبهة شبهة **قال** رحمه الله واذا كاتب المريض عبده واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم يجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا للضرر عن انفسهم الى مضي الاجل عن انفسهم فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا وهو الف وثلثمائة وثلثة وثلاثون درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزائد على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار كما اذا خالع المريض على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لا لانه له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخرهما كان احسن قياما ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وحق الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة

لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله كذلك فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل الخلاف فيهم اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة التاجيل فعند محمد يخير المشتري بين ان يدفع ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين ان ينقض البيع وعندهما يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتاخير وهو تاجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق

في التأخير

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام ما يتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكام ما يتعلق بالنايب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه **قال** رحمه الله واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادي عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر للمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد في حرمة البيع وتسويد عتقه واداءه باداء هذا القابل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك جاز ونفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادي عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القابل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد فان قيل ما الفرق بين هذه وبين بيع البيع فان بيع الفضولي يتوقف على الاجازة الجبير فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب ان ما له ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو ادي الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يامره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه **قال** واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغايب ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره او تزوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد

بتبعها

لما ان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو اعتق الاولاد لم يسقط من البدل شي ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغايب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغايب واذا اعتق الغايب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذه ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب ان ما ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في ان يكون فيه جهة اصالة اولا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولاشتماله على المسامحة وانه امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فلهذا اي فللمولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شي لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه

وقوله وايهما ادى عتقا تكرار لانه قال في اول المسألة فان ادى الشاهد او الغايب عتقا لكنه اعاده تمهيدا لقوله ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شي من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة لانه ينال فيه شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغايب متبرع به غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغايب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما ادى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه كهو في جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار فانا لا نسلم ان الاضطرار انما هو اذا فات له شي حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضيه ان يحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا اجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان ياخذ الغايب بشي لما بينا والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغايب لا اثر لرده وقبوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغايب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى ان ياخذ بشي من بدل الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسألة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسألة الاولى وذلك ان الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة له فيهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداوه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وهذا فايدة وضع المسألة في صغيرين ولو صغير واحد لعلم هذا المعنى **قوله** وهي اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اولى لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي او المعقول لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وان رايه الحق والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

ذكر في كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين **قال** واذا كان العبد بين شريكين

اذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيبه نفسه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاصل خلاف في ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما فايدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى تعليق العتق باداء المال ولو وجد شي من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للاخر ولاية الفسخ فما بال الكتابة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة ويصير الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهو الكتابة تقبل الفسخ ولهذا ينفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين **قوله** واذنه له بقبض البدل بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض ويجوز ان يكون نعم عليه للعبد اي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه له والمولى لا يستوجب على عبده شيا بخلاف البايع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو اي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قولهما حيث اخره **قال** رحمه الله واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطيها الاخر ثم جاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد للاول بطريق التبين لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتمليك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ذلك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية اجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتحقق الفسخ منفعة لا ينفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الاخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر ان تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق وبقي نصف

قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر يكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطيها كان ملكه قايما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلان لزوم كمال العقر لانه وطي ام ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة رحمه الله لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها اجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عن ابي حنيفة في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة وانما دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول وهي مكاتبة له تعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يتبع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا تكمل في القنة بالاجماع وقد امكن ههنا بفسخ الكتابة لانه قابلة للفسخ فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء ما لا يتضرر وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها **قوله** بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا قد قلنا ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده **قوله** وبخلاف بيع المكاتب قيل هو جواب عما يقال هلا فسخت الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقايه مكاتبا ولو ابطلناها يتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح فيجوز ان يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت **قوله** واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة او انها تبقى مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على واطئ مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احد الغرامتين **قوله** واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له اي للاول **قيل** هو جواب اذا ثبت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور **وقيل** يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وهو قوله وفي بقايه يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان ينفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق تردد الى

المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليل ابي حنيفة رحمه الله **قال** ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف **ه** اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف رحمه الله موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن وان صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكها احدهما بالاستيلاد فيستقبل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمس مائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا البناء قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه واذا كان الثاني لم يطاها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه من وقت الوطي فتبين انه اي التدبير مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطي منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا يعني في تعليل قول ابي حنيفة رحمه الله وهو قوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه يملك نصفها بالاستيلاد وهو يملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان الملك المنفي للاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيرها ووجهه ما بينا اي في تعيين القولين اما طرف ابي حنيفة فقد ذكرنا انفا من قوله وتبين ان الجارية الى اخره واما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صار كلها ام ولد الى اخره واذا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق فصارت كانها لم تزل قنة والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيارات عند ابي حنيفة الساكت يتخير بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن العبد شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها يعني الولاء وتردد الاستسعاء فان عند ابي حنيفة اذا اعتق الساكت واستسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق جميعا في الوجهين واما تردد الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا يسعى العبد لنصيب الساكت وابو حنيفة يراه كما هو مسألة تجزي الاعتاق كما تقرر في العتاق هذا اذا عجزت اما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو واضح ومبناه ايضا على تجزي الاعتاق وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت كالمكاتب وهو الحاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب لضمانه وعندهما لما لم يتجز عتق الكل فله ان يضمن قيمة نصيبه

مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه
الاخر وهو موسر فالمدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه
وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى
او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر
على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على
نصيبه لانه يتجزى عنده ولكنه يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين
تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية ايضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا الا ان لا
عتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته يعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان
المنافع انواع ثلاثة البيع وما اشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية
والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطئ والاعتاق وتوابعه
كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث
واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق فانه يضمنه
ولا يتملكه لكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك وان اعتقه او لا يعني المسئلة الثانية كان للاخر الخيارات
الثلث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان العتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب شريكه
كما مر فاذا دبره سقط خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان المعتق وهو ان
نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت
ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك
العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل قابلا للتمليك كما اذا اعتق اولا
او غصب القن فمات او ابق واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان
يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعتبر ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك
سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق
والاستسعاء لان المدبر يعتق او يستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق
الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا
لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه تدبير صادفه وهو قن وان
اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

اخر باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة **قال** رحمه الله واذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه
من الوظيفة واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال غائب يقدم
لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت
لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة
حاضرة انه يؤخر يوما او يومين او ثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل
دون التاخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق
بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة ايام فانه يمهله ولا يزاد عليه فان لم يكن له

وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى
حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط
فلا يوجد دونه ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود
فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين وما المعلق بشرطين لا ينزل عند احد
كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق حتى كان مبناه على المسامحة حتى كان
احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا ارفاق في الطلب عنده فلا بد من امهال مدة ارفاقا
واولى المدد لذلك ما توافق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال لا ان تحقق العجز عن الاداء
فيفسخ لوجود مدة الاجل الذي اتفق عليها العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق
لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود
المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا الا ان يكون للقاضي اي
ينفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدونه ذلك النجم على الاصل فالروايتين قال المكاتب اذا
عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روا
خلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا **قوله** والاثار متعارضة
جواب عن استدلاله باثر علي رضي الله عنه وبيان ذلك انه روي عن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة
له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الاثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت
ويصار الى ما بعدهما من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بقوله ان سبب الفسخ قد تحقق الى اخره سالما
عن المعارض لان دليل ابي يوسف حطانه لا تقابل المعقول فيثبت الفسخ به **قال** رحمه
الله فان اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالاخلال ههنا ترك اداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت
الذي كان اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان اي القاضي فعجزه فرده
مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى وان لم يرض به
العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده تمام ليس
فيه خيار الشرط وكل ما كان كذلك ففسخه يحتاج الى الرضا او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد نقل
ان فيه رواية اخرى لان النسخ يصح بالاقضاء ووجهها ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام
العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء احكام فتشبه بهذا العقد
الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض فهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذا ههنا
واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه
ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاه وانما قال ظهر لانه كسبه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه
ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ
الكتابة وقضي عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته
ويعتق عليه اولاده المولود وله والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود
رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا
وما تركه فهو لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك المعقول بان المقصود
من الكتابة عتقه وعتقه بطل فالمقصود منه كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد الممات
مقصورا او يثبت مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل
ولا الى الثاني لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا

يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحقوق عليك
باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع
هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره
وبيان صلاحيته علامة للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته
بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول
الجدلية بادعا اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعا الاضافة الى المختص في
هذا الموضع وامثاله وان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك
النور المعظم قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجملة الذين ظهر عند ذوي
التحصيل عذرهم فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون
صنعا قوله بل اولى ويجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد
يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد
موت المكاتب اوعى من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد
في جانبه واما المانع فلان الموت انفى للمالكية منه للمملوكية فان المملوكية ضعف والموت لا ينافيه
لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فمن له حاجة بقدر ما ازلنا المنافي
في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا
في الثلث او تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فان قيل يلزم تقدم
المشروط على الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق
يتقدم على الاداء بل يتقدم الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه هو سلامة مالكية
اليد قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة
ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو
ترك وفاء واما الولد المشترى فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله فقيل له اما ان
تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا لهما اعتبراه بالمولود بجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى
اعتاقه كالمولود فيه بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في اكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكا[تب]
وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكر في الكتاب كان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك
وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في اخر جزء من اجزاء
حيوته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه
تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك ان كان ابن لاب والام كتابة واحدة
ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع
لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فاذا حكم بحرية الاب حكم بحريته
في تلك الحالة يعني اخر جزء من اجزاء حيوته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل
الموت قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق
بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد من امراة حرة وترك دينا على الناس وفاء بما عليه
فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين
باعتبار ماله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم
يبان القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال واما ان الولاء لموالي الام فلانه

لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به اي بموجب الجناية
على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل
شئ لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل
عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما
يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب
الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمه وثبوت اللازم يقرر
ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض قوله
وان اختصم موالي الام الى اخره هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب
واختصم موالي الاب وموالي الام فقال موالي الام مات رقيقا والولاء لنا وقال موالي الاب
مات حرا والولاء لنا فقضا بولايه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف
اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت
مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء
الى موالي الاب وهذا اي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من
القضاء واذا كان القضاء بالولاء لهم نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو [illegible] احتمال
جر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى ان ذلك جزء اللازم والشي ينتفي بانتفاء جزئه قيل فسخ
الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان
ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس احدهما بالبطلان ارجح واجيب بان
صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه
اولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في بقائها قال وما ادى المكاتب من الصدقات
الى مولاه اذا كان المكاتب اخذ من الزكوات شيئا وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى
او قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك قد تبدل
لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل
ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما اهدت اليه وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه
وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذ من الزكوات لغني
او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك
ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني
فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده
ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكا مبتدا ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا
اجر امته ظئرا ثم عجز وكذلك عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده
فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد
المأذون ولهذا اذا اجر المكاتب امته ظئرا ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في
نفس الصدقة والا لما جاز فيها اصلا وانما الخبث في فعل الاخذ به لكونه اذلالا به وذلك
لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن
السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذ من الصدقة
فانه يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا

على قول ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدا بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك كما ذكرنا انفا وههنا سوال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فاني يتحقق فيه تبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعكس في ذلك وليس ذلك الا بتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ذلك تبدلا ولين كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى ان يقال ان المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا **قال** رحمه الله واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفدا ووجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والفدا لان هذا اي احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا بمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية والمانع عند حال الكتابة قايم اما عن الفدا فلما مر من عدم العلم واما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكما مر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فيهم اي ما قضي به من موجبه دين في ذمته يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطا فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية لانه احق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق فيه انتقل بالقضا من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل ذلك وان المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف وكان يقول لا يباع فيه وان عجز قبل القضا الا ان يقضي المولى عنه وهو قولهما فان قيل ان المانع من الدفع وهو الكتابة قايم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منه ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ولنا ان القول بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع قايم ولكن الكلام في انه قابل للزوال ولا ولا شك في قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضا او الرضى فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر ان جناية المكاتب يصير مالا في الحال من غير توقف على الرضى او القضا وجه اخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في ذلك وان المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضا فما وجه اخذ في التردد واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال فكان الموجب في الابتدا هو القيمة **قال** رحمه الله واذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرء حقه لافضايه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم ينفسخ كيلا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال

له

له ادى المال الى ورثته المولى على نجومه اي موجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتاجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتب فان المكاتب يودي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتاجيل غير الثلث كاسقاطه **قوله** الا ان الورثة يخلفونه استثنا من قوله ولا يتغير قيل وكانه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفا البدل فصار للورثة وهو تغيير فقال قيامهم مقامه في الاستيفا لا يعني تغيرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكان سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لا يملكه ابن ادم وان عتقوه جميعا عتق استحسانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان ان يصير اعتاقهم بدلا فانهم يملكونه حرا بانه لا ارث فيه واذا برى المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فان قيل فاجعل اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضا تصحيحا للعتق والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل او ادايه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو ابرا المورث عن بعض البدل لم يعتق شي منه واذا لم يكن اثبات المقتضي لا يثبت المقتضى فلا وجه لابرا البعض وكذلك الى ابرا الولا الحق بقية الورثة

كتاب الولا

اورد كتاب الولا عقيب التكاتب لانه من اثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم من التكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولا عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولا في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقها عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل **قال** رحمه الله الولا نوعان نوع الولاء باختلاف السبب اي نوعين الاول ولا العتاقة ويسمى ولا نعمة اقتفا بقوله تعالى واذ تقول للذي انعم الله وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق على ملكه في الصحيح **وقوله** في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق وانما كان هذا صحيحا لانه لو اعتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه والثاني ولا موالاة وسببه العقد على ما نذكره **قوله** ولهذا يقال ولا العتاقة وولا الموالاة بيان لسبب لنوعين بان كلا منهما يضاف الى شي والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول **وقوله** والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي **قوله** وكانت العرب تتناصر باشيا بيان وجود التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والممالحة وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم بالولا بنوعيه فقال ان القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يوكدون الموالاة بالحلف **قال** رحمه الله واذا اعتق المولى مملوكه اذا اعتق المولى مملوكه كان الولا له لقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق ووجه استدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه تناقض جعل العتق سببا لان العتق مشتق من الاعتاق فالجواب

لالا

ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق **قوله** ولان التناصر به اي بسبب
الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه
بسبب العتق ومن ينتصر به يختص بعقله لان الغنم بالغرم بحيث يغنم بنصره لغرم عقله والمولى
احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا ترى انه لا يثبت في حقه كثير من
الاحكام التي تتعلق بالاحياء كالقضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه
ذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن احيى غيره معنى ورثه
كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه ثبت انه يعقله
فيرثه لان الغنم بالغرم فقوله ولان الغنم بالغرم احد الوجهين تلهذا اخره **قوله** فكذا المراة
تعتق يعني ان ولاء معتقها لها لما مر وبناء من قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق **قوله** مات
معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما معطوف على قوله لما مر وبيانا معنى ذكره استدلالا على ثبوت
الولاء للمراة روي ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك بنته فجعل النبي صلى
الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره والعتق
بقرابة او كتابة او تدبير او استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او
بجهة الواجب ككفارة اليمين وما اشبهها للاطلاق ما ذكرناه يعني قوله صلى الله عليه الولاء
لمن اعتق وما ذكره في المعنى المعقول فان شرط انه سائبة اي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه
فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح واذا ادى المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج
الى شرح وذكر مسئلة جر الولاء ومنهم مواضع الجر عن غيرهم والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد
مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا وان وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى
هذا اذا اعتق الرجل امة وولدها عتقا وولاؤهما فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما
كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت
الام وهي حامل او اعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر وولدت احد التوءمين لاقل
من ستة اشهر بيوم ثم اعتق الاب رجل اخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالي الاب لان المولى
قصد اعتاق الام فواضح وان ولدت لاقل من ستة اشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت
احد التوءمين لانهما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا ولدت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء
الولد لموالي الاب فما الفرق اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه
بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا اعتقها ثم ولدت اكثر من ستة اشهر فولاؤه لموالي
الام لانها لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق حتى تعتق مقصودا فيعتق تبعا
للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء
بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الاباء فكذلك
الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولاء
اليه كما ان ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب
اليه ونوقض **قوله** فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت امة
امراة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت
الموت والطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب
ان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما

بعد

بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه
يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة
الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اسناده
الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق
مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين من هذا انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك
بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم يختلف
بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب لصيرورته مراجعا فيه
وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه
واضح **قال** رحمه الله ومن تزوج من العجم لمعتقة من العرب تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد
بمعتقة من العرب فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد واموالهم لا لذوي ارحامه
حتى لو ترك هذا الولد خاله او عمه لم يكن لهما شيء في وجود معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف رحمه
الله حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا
والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي امه لان النسب الى الاباء فان قيل لما كان النسب الى الاباء وجب
ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك **اجاب** بان العبد هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولا
اثر الكفر والكفر موت حكما قال الله تعالى ومن كان ميتا فاحييناه فصار هذا الولد في الحكم كمن
لا اب له فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة
المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله لحي اعتبر الكفاءة فيه
ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة فمن له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له
ابوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا
حتى جعلوا من له اب واحد في الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك **قال** المصنف رحمه الله الخلاف
في مطلق المعتقة وانما قال ذلك لان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير
العربي كان كذلك وكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير
لبيان ان محمدا رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب **قوله**
كالمولود بين واحد من الموالي يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت اولادا فانهم ينسبون الى قوم
ابيهم فكذلك اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة **قوله** وان كان الابوان
اي الوالدين معتقين راجع الى اول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه
الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح
لجانبه لشبهه بالنسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وحقيقة النسب يضاف
النسب الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به اي بالاب اكثر **قال**
رحمه الله وولاء العتاقة تعصيب التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنهم قولهم الذكر تعصيب
الانثى وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى
عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات
ولم يترك وارثا كنت انت عصبته **قوله** هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني
ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه انتدب لما ندب اليه وشر لك لانه اوصل اليك
بعض الثواب في الدنيا فينتقص بقدره من ثواب الاخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله

في الاخرة لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام من هو وارث هي بنت الميت وذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي ياخذ ما ابقته الفرايض واذا كان عصبة يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق اخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عصبة وارثا وارث عصبة اسند لا الا باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني اي بحديث بنت حمزة فتلخص عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اي تاويل قوله لعذ وري هذا اذا لم يكن هناك صاحب فرض وحال ما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكروا لهذه الجملة تاويلين احدهما ان معنى قوله صاحب فرض وحال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض من العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شي والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة على ما روينا وهو اشارة الى قوله لانه عصبة ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وهو واضح وقوله وهذا اشارة الى قوله لانه عصبة يعني انما كان عصبة لان العصبة من يكون التناصر به بسبب النسب في القبيله وتقرير العصبة من يكون انتصار القبيله به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في اول كتاب الولا وهو قوله وكان العرب تتناصر باشياء فقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولا بنوعيه وقوله والعصبة تاخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تاخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لما ذكر في الكتاب وقوله ما قدمناه اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال لجر الاب ولا ابنه وقد جر المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلا عن الجر فليطلب ثمة وقوله ولان ثبوت المالكية دليل معقول على ثبوت الولا لمن اعتق او اعتق من اعتق وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقه وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شي ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولا وينسب اليها من ينسب الى مولاها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولا وفي ذلك لا فرق بين الرجال والمراة بخلاف النسب فانه لا يثبت الامر الا بالاب لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمراة المملوكه وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولا لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولا باعتبار النصرة فيخلفه فيه من يكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولا للابن عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وصورته امراة اعتقت عبدا ثم ماتت عن اب وابن ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم قال لابيها السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها كالبنوه لان الولا يستحق بالعصوبه والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عن ميراثها به فكذا عن ميراث معتقها ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منه بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه ابا ابيه واخاه لاب وام او لاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفه

لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصوبه ولو ان امراه اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبه الا ان عقل جنايته المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولا للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا الا ترى ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولا بينهما نصفين لاستوايهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع

فصل في ولا الموالاه

اخر ولا الموالاه عن ولا العتاقة لان ولا العتاقة لانه غيرقابل للتحويل كان اقوى بخلاف ولا الموالاه فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ومعنى الولا قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولا ان يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له او لغيره والبتك على انني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر منه وله ثلث شرايط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره اما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولا عتاقه ولا ولا موالاة مع احد وقد عقل بنيه عنه والثالثه ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرايط ثلثا اجيب بان المذكورة انما هي شرايط العامة المحتاج اليها في كل واحدة من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره واما حكمه فهو وجوب العقل على عاقله فهو وجوب العقل على عاقله الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بكل ماله لاخر وله وارث معروف واجيب بانه جعله بعقدا اولا وارثا عنه وفي سبب الوراثه ذو القرابة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا واختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولا مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى عنه بهذا السبب في شي من المال بخلاف الوصية في الثلث فانها خلافه في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصيه لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه وخلا قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل فانه اورد عليه بسبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقده من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الاخر بدون علمه والزام شي على الاخر من غير علمه به نفسه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلا قوله لانه فسخ حكمي بمنزله العزل الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد الذي وكله ببيعه فانه اورد عليه لما ذا جعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولا كالنسب والنسب ما دام

ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في النهاية والله اعلم بالصواب

كتاب الاكراه

قبل الموالاة يغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء ما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد الاختيار او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الاخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلاثة وموضعه اصول الفقه و **قوله** مع بقاء اهليته اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا وانما شرطه وحكمه فياتي في هذا الباب **قال** رحمه الله الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما يوعد به • شرط الاكراه حصوله ممن قادر على ايقاع المتوعد به سلطانا او لصا وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير بالاكراه محمولا على ما دعي اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجيء تفصيله ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا الخلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير اهل الزمان فاذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة او الاقرار بماله او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد او بالحبس فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه فهو بالخيار ان شاء امضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضى وانتفاء الشرط يستلزم المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالي به نظرا الى العادة الا اذا كان المكره صاحب منصب يعلم انه يستضر به فهو اكراه لوجود العلة حينئذ وهو فوات الرضا **قوله** وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالف بضرب سوط او حبس يوم فاقر فهو اقرار صحيح في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب اي عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلة من العلماء والكبراء واصحاب المناصب يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد اكثر مما يستنكف غيره من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به ثم اذا باع مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا

انقام

تري انه لو اجازه جاز والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وتاثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت انه يفيد الملك عند القبض لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه القيمة كما في ساير البياعات الفاسدة فان قيل لو كان كساير البياعات الفاسدة لما عاد جايزا بالاجازة فهو لجابـ بان باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سايرها فان المفسد فيه باق **قوله** الا انه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في ساير البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبايع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبايع فان تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله ومن جعل البيع الجائز المعتاد يريد به بيع الوفاء وصورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا العين بكذا على اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف واشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلكه من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده اذا كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبايع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو لجاز احدهما الزجر على صاحبه ومعنى **قوله** هو المعتاد انهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى ان يرد البايع الثمن الى المشتري ويرد المشتري المبيع على البايع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا الرجيح عن ملكه ببيع او هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بعهده من رد المبيع **قال** رحمه الله فان كان قبض الثمن طوعا اذا قبض البايع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمتها والفرق بينهما ان المقصود المكره ما يتعلق به

الاستحقاق لا بمجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد
فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبضه اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة
وعلى المكره رده ان كان قايما في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة في يد المكره لانه اخذه باذن
المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك
لانه كان مكرها على قبضه وان كان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ضمن قيمته
للبايع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون
بالقيمة والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة
له من حيث الكلام فان المتكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البايع الى المشتري وان
شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان لكل واحد منهما احدث سببا للضمان كالغاصب
وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البايع باداء الضمان وان
ضمن المشتري اي مشتر كان بعد الاول نفذ كل شراء كان بعد شراه لو تناسخته العقود اي تداولته
لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه وقال
الشارحون لو ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا
لكن كلام المصنف انما هو على سبق الترديد بين تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة
التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث
اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك اجيب بقوله لانه اسقط حقه
يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة
المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان
الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته احد
البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد
ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي
هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها
والله اعلم

فصل لما ذكر احكام الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه
الواقع في حقوق الله وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجي وهو الذي
يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وغير الملجي وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد
والاول معتبر شرعا سواء كان على القول او الفعل والثاني ان كان على فعل فليس بمعتبر وجعل
كان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل
فكذلك والا فهو معتبر وعلى هذا ان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير
لا يخاف به تلف النفس او العضو او قيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره بما يخاف منه على
نفسه او على عضو من اعضايه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه
المحرمات انما تباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراها ولا ضرورة عند عدم
الخوف على النفس او العضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه ابيح له ذلك ولا يحل
له على ما توعد به واشار الى ان الملجي مما يعتبر بغلبة الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب
متفاوت وليس فيه نص مقدر فيعتبر فيه غالب راي من ابتلي به ولا معتبر بمن قدر في ذلك
ادنى الحد وهو اربعون فقال ان تهدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع

عدهم

بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالراي وهو لا يجوز
فان صبر حتى اوقعوا به اي قتلوه او اتلفوا عضوا منه ولم يتناول وعلم بالاباحة فهو اثم لانه لما ابيح
من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات
النفس غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاونا بالغير على اهلاك نفسه فياثم كما في حال المخمصة وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا ياثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة بصفتها قايمة او حرمة وهي قايمة
فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا ياثم قلنا لا نسلم ان الحرمة قايمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار
فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان
ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا محرم حينئذ فكان اباحة لا رخصة فامتناعه من التناول كامتناعه
من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه او عضوه فكان اثما لكنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه
الحالة لان في انكشاف الحرمة خفا لانه امر يختص بمعرفته الفقها فيعذر اوساط الناس بالجهل فيه كالجهل بالخطاب
في اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب
ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار
الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام **قال** رحمه الله وان اكره على الكفر بالله اعلم ان كل ما
لا يعتبر اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها في اجرا كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد
فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يبيح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر
ما امروه به من اجرا كلمة الكفر ولكنه يوري والتورية ان يظهر خلاف ما يضمر فجاز ان يكون المراد بها
ههنا اطمينان القلب وجاز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان اظهر ما امر به موريا كان او غير موري
على المعنى الثاني وقلبه مطمين بالايمان لم ياثم لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال
النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمينا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله
تعالى الا من اكره وقلبه مطمين بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم فعد عد
الى الطمانينة القلب لا الى الاجرا والطمانينة جميعا لان ادنى درجات الامر الاباحة فيكون اجرا كلمة الكفر
مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه اصول الفقه **قوله** ولان بهذا الاظهار
دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق
وهو قايم حقيقة والاقرار ركن زايد وهو قايم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت
النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى جانب
حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى
صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهدا وقال في مثله اي فيه كلمة مثل زايدة
هو رفيقي في الجنة وقصته معروفة ايضا ولان الحرمة باقية لبقا هي قبح الكفر وبقاوها يوجب
الامتناع فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر لان
الحرمة هناك لم تكن باقية للاستثنا كما تقدم واعترض بان اجرا كلمة الكفر على لسانه حالة
الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم
الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان
السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي
الحرمة فلم يثبت ابلحة اجرا كلمة الكفر فيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع
التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم

عنه بدليل اخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر
فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان الامر في قوله
عليه السلام فان عادوا فعد للاباحة وقولهم ان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام
في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر قال رحمه الله وان اكره على اتلاف مال المسلم وان اكره رجل
على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال
الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره
آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان ياخذ المكره ويلقيه على
المال ويتلفه وقوله فيما يصلح آلة له والاتلاف احتراز عن الاكل والتكلم والوطي فانه فيها لا يصلح
آلة له وان اكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان
اثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه واما
وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان يجب على المكره والمكره جميعا
او لا يجب على احد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني
قول ابي يوسف رحمه الله والثالث قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر رحمه الله
له ان الفعل من المكره حقيقة الصدور منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد ولانه قرر
عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على
اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقدرا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا
يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل
منه وللتسبيب في هذا اي القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدوا على رجل بالقتل العمد واقتص
المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهد ان عنده للتسبيب ولقائل ان يقول في كلام
المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك
دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضافته
الى غير المكره مباشرة والشافعي رحمه الله يضيفه الى الغير تسبيبا فلا ينافي ولابي يوسف رحمه
الله وجه الله ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل
زفر رحمه الله ان القتل الحاصل من المكره ولابي حنيفة ومحمد لان تاثيم الشارع يدل على تقرر
الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل منتقل عنه وكل ما كان كذلك
كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياته والمحمول على الفعل
بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير
آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل الاصلي لا الى الآلة فان قيل
لو كان آلة لاضيف الاثم الى المكره كالقتل اجيب بقوله ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره
من حيث اتلاف مالية المكره العبد حتى يجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه
لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان
الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف ولا ينتقل من حيث الذكاة حتى يحرم كذا هذا واذا ظهر ان المكره آلة
للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابته مخمصة فقتل انسانا واكل لحمه حتى
نجى هو حيا ايثارا لحياته بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمه

من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الامر بالغا
عاقلا او معتوها او غلاما غير بالغ فالقود على الامر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيخي علاء
الدين عبد العزيز رحمهما الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل
عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الامر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة
هذا الصبي وهذا المجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قال رحمه الله وان اكرهه
على طلاق امراته وان اكره الرجل على طلاق امراته او على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره
عليه عندنا خلافا للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون اكراها بحق وقد مر
دليل الفريقين في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف ان
فيما قاله ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح
آلة له فيه في حق التلفظ فكذا في حق ما ثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف
وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ وسيلة عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة
بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فله ان يضمنه موسرا
كان او معسرا ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر عتقا
مستقبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه اتى بما امره به
على وفق ما اكرهه وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الانشاء بمطلوبه وان قال خطر ببالي الاخبار
بالحرية فيما مضى كاذبا واردت ذلك لا بانشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره
عليه فكان طايعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد
عتق بالاقرار طايعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو الولاء والا
تلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون
المكره معوضا عما اتلفه بما لا يملكه به اصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم
ان الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما اتلفه بما لا يملكه به اصلا
سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان المعوض مالا او اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان
على المكره لانه حصل للمكره عوض او في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها الا زنا
بعد ما لا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا ترى انه اذا شهدا بالولاء ثم
رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي
حنيفة ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير ولم يتعلق
بالعبد حق الغير فلم يوجد شي من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن
على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب
ابي حنيفة سالم عن النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه
يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد لهما في التعليل فيقال اعتق
على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مواخذ
باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكانه قتله والمقتول لا يضمن
شيئا قال رحمه الله ويرجع بنصف مهر المراة الجواب فيما اذا اكره على طلاق امراة
وقد سمي لها مهر الا انه لم يدخل بها نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق
ورجوع الزوج على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وان لم يسم

رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان لها علقه في الكل ولحنه وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما في
الطلاق فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بالنجاة الفرقة من قبلها بتمكين
الزوج منها بغير اكراه وبالارتداد والعياذ بالله وما كان عليه تاكد بالطلاق مكرها فما كان
على شرف السقوط بانجاة الفرقة من قبلها تاكد به وللتاكيد شبه بالايجاب فكانه اوجب ذلك
على المكره ابتدا فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الاله فيضاف الى المكره
من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك
النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال الا ترى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة
بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق او اعتق
فهو جايز والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه
يوثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة اما انه
كالشرط الفاسد فلما تقدم انه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا فانه
يفسد لا يمنع عن الانعقاد واما ان الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات
فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقطه واذا لم
يفسد بها كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع المكره على المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة
العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يتعين بها فان
الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا ان فلانا وكل فلانا بعتق
عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان مقصود المكره زوال الملك بمباشرة
الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعل وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه
اكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل وضابط ذلك ان كل ما لا فيه الفسخ بعد وقوعه
لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه بفوت الرضا وفوات الرضا يوثر في عدم
اللزوم بتمكن المكره من الفسخ والاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه
الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فاذا اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع به على
المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا اكره على يمين فحلف
انعقد او على ظهار فظاهر صح وكذا على رجعة ففعل صح او على ايلاء فالى او على فيء اليها باللسان
ففعل صح لانها اي الرجعة والايلا والفي تصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان اكره
على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار ففعل اجزاه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره
بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق والعين عبدا اذ لك ففعل عتق ولم يجز
عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا
عليه واذا ثبت له الرجوع لم تكن كفارة لانها ليست بمضمونة على احد وان ترك التي الى منها
اربعة اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان
متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وان قربها
وكفر لم يرجع على المكره بشي لم يرجع لانه اتى بضد ما يكرهه عليه واذا اكره على ان يخالع
امراته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع
الطلاق بلا بدل فكذا ببدل ويمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان
مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام ما زاما سلم لها من البينونة ولا شي على

المكره

المكره للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قيل النكاح لعلها
وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتاكيده ما كان
على شرف السقوط اولا قلنا لا يخلو اما ان ساق الزوج اليها المهر كله او لا فان ساق رجع على المكره
بنصفه بالاتفاق اما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما
قبل صاحبه بحكم النكاح واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه وان اوجب البراءة لكنها براءة مكره
والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسبق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه العقود
على البراءة لكنها براءة **قال** رحمه الله وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد قال ابو حنيفة
اولا ان اكره احد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنى من الرجل لا يتصور الا بانتشار
الته وذلك يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المراة فانها محل الفعل ومع تحقق
التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية بخلاف المراة ثم رجع وقال لا حد عليه اذا
كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان
حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضا الشهوة
فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الالة لا يدل على عدم الخوف لانه امر
طبيعي ينتشر من النايم من غير اختيار وهذا وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا
يلزمه الحد واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم
في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه
ملجيا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير
السلطان اكثر تحققا لان السلطان يعلم انه لا يفوته فهو ذو اناة في امره وغيره يخاف
الفوت بالالتجا الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان
عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجى اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجا الى السلطان فان اتفق
في موضع من ذلك لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره
لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب
المهر لان الوطي في غير الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سوا
كانت مستكرهة على الفعل او اذنت له بذلك اما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها
واما الثاني فلان الاذن له ليس بحل الوطي فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا وان اكره
على الردة لم تبن امراته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمينا بالايمان
لم يكفر وفي تبدله شك وكان الايمان ثابتا بيقين فلا يثبت بالردة بالشك ولا ما يترتب
عليها من البينونة ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد
وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد
الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام
الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك فان قالت المراة
قد بنت منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك وقلبي مطمين بالايمان فالقول قوله استحسانا
وفي القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم
بالطلاق فيستوي فيه الطايع والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة
الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا بنوع

اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون لفظه موافق اعتقاده واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام في الحالين قيل اي في حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلم نجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا في حق الحكم اما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة رحمه الله ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجرا الحكم وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة اي شبهة عدم الاسلام لجواز ان يكون التصديق غير قايم بقلبه عند التشهد بين والشبهة دارية للقتل **قوله** ولو قال الذي اكره معطوف على قوله وقال هو قد اطمان قلبه بالكفر يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه قضا لا ديانة لانه اقر انه طايع باتيان ما لم يكره عليه لانه اكره على الانشاد ولا الاقرار ومن اقر بالكفر طايعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق في حالة الطوع لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدي بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر بباله امكنه الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشا الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طايعا على وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امراته قضاء وديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء بتفرق القاضي بينه وبين امراته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخطر بباله غير ما طلب منه اولا والثاني هو الاول والاول لا يخطر بباله ان يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا واراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثاني واذا ظهر لك هذا امكنك ان تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم نعوذ بالله من ذلك كله وقوله المار اشارة الى قوله لانه مبتدي بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله اعلم بالصواب

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله وهي احد قطبي امر الديانة والاخر التعظيم لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون واسبابه مصادر لهذه الاسامي والحق بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان اسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجي واما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله واهلية التصرف انما هي بالعقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه امارة اهليته

واما

واما العبد فله اهليه لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كيلا يتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فياخذ ارباب الديون اكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لطاعته وكيلا يملك رقبته بتعلق به اذا لم يكن له كسب غير ان المولى اذا اذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا تجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال **قال** رحمه الله ومن باع من هولاء شيا اراد بهولاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق ونصر قصر فيما تردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب والشرى جالب ويقصده لافادة هذا الحكم اعني كون البيع سالبا والشرى جالبا وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم والولي بالخيار ان شا اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شا فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظاهر واورد سوالا على الشرى وهو ان الاصل في الشرى النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد موقوفا على الاجازة واجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد نفاذا على المباشر نفاذا كما في شرا الفضولي وهاهنا لم يوجد ذلك لعدم الاهلية والصبي والمجنون او لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هولاء شيا او اشترى اما هاهنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاستكمال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا هاهنا فاورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكره شيخي في شرحه **قوله** وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشرى اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم من الصغير والمجنون والعبد واما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والاعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما يتمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا يحجر فيه على العموم دون الافعال يعني المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال لان الشان ان الافعال لا مرد لها حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة وحصولها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حال بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد لفساد العقل فينتفي المشروط به واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبار الموجود شرعا بالقصد دون الافعال والجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليس عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجد لا يمكن ان يجعل غير موجود والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد لا ترى ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هولاء الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها الا اذا كان استثناء من قوله لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندري بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارية لما يترتب عليه من الحد

والقصاص بجعل عدم التعمد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحد والقصاص **قال** رحمه الله والصبي
والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هولاء شيئا
فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال
لتنساق القوليان في موضع واحد **قوله** لما بينا اشارة الى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا
عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن ابي هريرة
رضي الله عنه ولان الاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار
موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق وعلى الاعتاق في الحال فلعدم الشهوة
واما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة
ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار
بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينعقدان بمباشرته اي الولي بخلاف ساير العقود
قوله وان اتلفا شيئا بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر **قوله** والحايط
المايل بعد الاشهاد يعني انه لا قصد من صاحب الحايط في وقوع الحايط ومع ذلك يجب الضمان و **قوله**
على ما بينا اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه و **قوله** فاما العبد فاقراره نافذ
معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناهما ظاهر و **قوله**
لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه
وهو خفة تعتري الانسان فيحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف
الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر
على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جايز وان كان مبذرا مفسدا متلف ماله فيما لا غرض له
فيه ولا مصلحة كالالقا في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم
الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله فان الحجر عليه عندهما يوثر في حق تصرف يتصل
بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار
بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه
حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجي واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله بصرفه
لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي بل هذا الحجر عليه بل اولى
لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته والدليل على صحة هذا منع المال منه لان
الثابت في المنع منه لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل
انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة
عليه والفايدة تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر
عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل وكل من هو
كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه اجيب بانه قال المخاطب
وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات
المالية كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية
كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حر سقط ه

الاعتراض وهذا اي عدم الحجر لان في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار آدميته وهو
ظاهر **قوله** ولا يصح القياس على قولهما الجواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقريره ان منع
المال منه انما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له على التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما
ذكرنا فلا يقاس عليه **قوله** ولا على الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس حجر
السفيه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة
القدرة لما ذكرنا انه عاقل والجري على خلافه بسوء اختياره فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد
و **قوله** ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني ان منع المال
بدون الحجر مفيد لان غالب السفه لا يكون الا في الهبات والصدقات وذلك لا يقف على التداوي
اي لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شي يمتنع عن ذلك وان فعل لم ينفذ **قوله** واذا حجر تفريع على
مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي ان حجر على السفيه على رايه ثم رفع حكمه على قاض اخر فابطل حجره واطلق
جاز تصرفه وكان الواجب ان لا يجوز لان قضاه لا في مجتهد فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر
من القاضي فتوى لا قضا لان القضا يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجوده
المقضي له على احتمال بعيد وهو ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا
القضا مختلف فيه فان اباحنيفة لم يقل به فصار محلا للقضا يحتاج الى امضا فلو رفع تصرفه بعد
الحجر الى القاضي الحاجر والى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض اخر نفذ ابطاله
لاتصال الامضا به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه
ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا حجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه
ماله وان لم يونس الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يونس رشده وتسامح عبارته في الجمع بين
الابد وحتى ظاهر ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقايه كالصبي ولابي
حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التاديب وهذا يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال
سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب
ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ
في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا انقطع التاديب لا فايدة
في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معاوضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا
ما ينفيه وهو ان المال عنه بطريق التاديب لما ذكره **قوله** ولان المنع دليل الحجر وتقريره ان المنع
بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر الصبي لان العادة وجدانه في اوايل البلوغ ثم ينقطع
بتطاول البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان مدة البلوغ من حيث
السنة ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين لاعتبار ابتداء
التمييز في الابتدا على ما اشار اليه صلى الله عليه وسلم بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا
سبعا ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله ان بلغ رشيدا ثم بلغ سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس باثر الصبا
فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب
الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد
ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورته فرعه اصلا فكان متناهيا في الاصالة **قوله**
رحمه الله ثم لا يتاتى التفريع على قوله اراد ان التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله
عليه السلام فاذا باع لا ينفذ لا يتاتى على قول ابي حنيفة وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعنده

لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع ليظهر فايدة الحجر عليه فيكون موقوفا فان راى الحاكم فيه مصلحة بان
كان بمثل القيمة او كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده لم يجزه لان فيه ضررا بخروج المبيع عن يده
بدون ان يكون في يده شي من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد
وجد وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل
واجيب بانه اهل الا ان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف
اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل
البيع والشرا ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا بد من
حجر القاضي عنده لان الحجر داير بين الضرر وهو اهدار ادميته والنظر له في ابقا المبيع له على ملكه
كما كان فلا بد من مرجح وهو القضا وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة عنده
السفه لمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضا فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا
ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بالسفه وان اعتق
عبدا يعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكر
احترازا عن قوله لان عند ابي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سوا في نفاد تصرفات المحجور بسبب السفه
لانه لا تاثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في تصرفات التي يوثر فيها الحجر كالبيع والشرا والاقرار
بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف
يوثر فيه الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل لا من كل وجه بل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلا لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه
والعتق مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من اوجه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق
رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي او عتق لم ينفذه فهذا مما يوثر فيه الهزل لقوله صلى الله
عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق
عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم
يوثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه
لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في
العقل والجواب عن الاول ان القضا بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى
الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ولان في تنفيذه اضاعة المقصود
من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب
وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق
بينهما والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه لا يزيل الخطاب
ولا يخرج من ان يكون اهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما ان الرق كذلك فلا
ينفذ بعده شي من تصرفاته الا الطلاق والاعتاق لا يصح من الرقيق كذا من السفيه قلنا
ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا فاذا اصح
حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالحدود والقصاص وهنا لا حق لاحد في المحل الذي
يلاقيه تصرفه فيكون نافذا فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى
النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في
الحجر على المريض لاجل النظر لغرمايه وورثته فاذا اعتق المريض عبده وجب عليه السعاية

لغرمايه او لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر الحجر النكتة
وعن محمد انه لا يجب السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع
وان المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى للساكت ولو دبره عبده جاز
لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشا حقيقة العتق فلان يملك انشا صفته
كان اولى الا انه لا يجب السعاية في حق المولى لانه باق على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى
عليه دينا فان مات ولم يونس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر والعتق بعد
التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا ترى ان مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين محيط
بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا للغرمايه قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل
بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل
ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببيته في
ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لا الثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيه يسعى
العبد كذلك واجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا ترى ان الرجوع عن
الوصية صحيح دون التدبير ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا
والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقا نسله وابقا وهو من الحوايج الاصلية لحياة ذكره
لان الانسان يبقا الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة
كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا ولم يكن معها ولد اي ان لم يعلم لها ولد
منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير
فلا يقدر على سعيها فان مات سعت في جميع ذلك قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها ذلك
شهادة الولد فصار كانه قال انها حرة فيمتنع سعيها ويسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول
لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير كذا في حكم دفع الحجر عن تصرفه ونظيره المريض اذا ادعى
ولد جاريته على هذا التفصيل يعني ان يكون معها ولد او لم يكن الى اخره قال رحمه الله وان
تزوج امراة جاز نكاحها كلامه واضح وقوله وصار كالمريض مرض الموت يعني في لزوم كل واحد
منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض من الثلث وههنا غير
معتبرة اصلا قوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة
في المريض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر
مهر المثل ويبطل الزيادة يعني لما بينا يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسلة
يعتضد ابو حنيفة رحمه الله على انه لا فايدة عليه لانه ينسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق
بل هذا اضر له من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج
والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق ومطلاق وقوله ويخرج الزكاة من مال
السفيه والاصل في هذه المسائل انما اوجبه الله عليه كالزكاة وحجة الاسلام او كان من
حقوق الناس كنفقة من يجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سوا لانه مخاطب وبالسفه
لا يستحق النظر في اسقاط شي من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيا من حقوق الناس لكن لا يسمع
قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسر القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار
بالدين على نفسه فلا يلزم شيا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما

لان كل واحد منهما في تصديق الاخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يوثر في معنى الاقرار
بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر
مثلها والنفقة **قوله** وهذا اي ما ذكرنا مما اوجبه الله وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا
حلف او نذر يعني ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم كل حنث ثلاثة
ايام متتابعات وعن كل ظهار بشهرين متتابعين وانما كان ما كان الحال التكفير لانه اي كل واحد مما يجب
بفعله اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بهذا الباب ويغيبه فانه اي الحجر فان قيل التكفير
بالصوم مترتب على عدم استطاعة الرقبة فاني يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة
منتفية لانه لا يدل الحجر يوجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يتبع العتق
من الظهار **قوله** وان اراد حجة الاسلام ظاهر وقوله ولو اراد عمرة واحدة استحسانا كذلك
والقياس ان لا يعطي نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية
فان كانت مما يجزي فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي اذا اصلح فان
مرض واوصى وقيد بالمرض باعتبار ان الوصية غالبا يكون في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى
بوصية فحكمها حكم المريض والقياس ينفيها كما لو تبرع في حياته واستحسنوا فيما اذا وافق الحق وما
يتقرب الى الله به ان يكون من الثلث لان نظره فيه لانه يتوجه بها بعد وقوع الاستغناء عن المال في
امور دنياه وحينئذ لا نظر له في المنع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها
ذلك وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهي فمن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيها
والذي لم يبلغ وهو يعقلها بصيغة عند ناسوا الا في اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي
الاب ان يتصرف على الصغير يشتري ماله ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ
السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه يجوز عتاقه
ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا
السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره **قوله** ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق
الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر ومبنى هذا الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة
والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر في ماله فاذا اصلح ماله
لم يبق عليه حجر وذلك لان الله قال فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد
وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس منه الرشد ولانه اهل
للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم يعني في اول كتاب النكاح
ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي من ليس بسفيه لكنه متغفل يغبن في التجارات ولا
يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله
عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار
ثلاثة ايام واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه
يتلف المال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب بيان
انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قال** رحمه الله بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم بالضم ما يراه
النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال

الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك حتى يتم ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية
بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك حتى يتم لها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة وقالا اذا تم
للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظاهر لا يحتاج
الى شرح وانما قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون وبعضهم خمس وعشرون
سنة وهو قول عمر رضي الله عنه **قوله** واذا راهق الغلام او الجارية يقال رهقه اي دنى منه
وصبي مراهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قولهما
ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتي عشرة سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه
وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين والله اعلم

باب الحجر بسبب الدين

الدين ينضم من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم اخر ويبتغي
للقاضي ان يشهد انه حجر عليه في ماله لحياطة النفي التجاحد ان وقع وان تبين ان الحجر كان بسبب الدين
لانه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث
نفذ والتبيين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وابو
حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يتحمل الا على الادنى
فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الداين وانما يكون الاول اعلى ان لو
كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الداين يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة
شرعا ولو لم يكن اعلى لما اندفع به ضرر الداين فاهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الداين
واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا
بالنص ولكن يحبسه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجره
القاضي عليه ومنعه التصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن
يسير اكان او فاحشا **قوله** والحجر موهوم لانه لاحتمال المرجوح فلا يهدر به اهلية الانسان
وترك البيع بلا تراض **قوله** والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب
والسؤال من الناس ولا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة فان التفريق هناك
متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فتعين عن الامساك بالمعروف
ناب القاضي منابه في التفريق **قوله** والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين
لاجله اي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطريق
الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب والسؤال والصدقة وبيع ماله بنفسه كيف اي
كيف صح البيع ولو صح البيع كان للظالم لانه اضرار بناجيز حق الداين وتعد بيناه للمديون فلم يكن مشروعا
لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع **قوله** وهذا عند ابي حنيفة وانما خصه بالذكر وان
كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض
فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف **قوله** علا بالشبهين
قيل انما لم يفلس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لسبب للقاضي لعونه **قوله** وساغ في
الدين النقود حاصله ان القاضي نصب ناظرا فينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان
انظر له **قوله** بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا
استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لساير

الحبس صح

نظرا الى الاتحاد لانه يلزم من ترك احد الشبهين ... لان ولاية القاضي اعم واقوى فلم تثبت للغريم ولاية الاخذ صح صح

العين لانه لا مشاهدة له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل و **قوله** وان لم يكن له احرجه تحرزا عن هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين الا ترى انه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه بمال الغير وعن ابي يوسف انه لا يخرجه من السجن ايضا في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظر للجانبين لجانب المديون لانه ينفق لنفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شي يصرف ذلك اليه و **قوله** ولا يحول بينه وبين غرمايه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار ولا يحبسونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله و **قوله** يقسم بينهم بالحصص اي ياخذ كل واحد منهم بقدر حصته بالدين هذا اذا اخذ واضل كسبه بغير اختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه القدر لثلثة نفر لواحد منهم خمسماية ولاخر منهم ثلثماية ولاخر منهم مايتان وماله خمسماية فاجتمع الغرما وحبسوه بديونهم في مجلس القضا كيف يقسم امواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضا ويوثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به احد فيتصرف فيه على حسب مشيته وان كان المديون غايبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرما بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض و **قوله** بينة اليسار تترجح اليسار اسم للايسار من يسر اي استغنى والاعسار ومصدر اعسر اي افتقر و في بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الاعسار قال في المغرب وهو خطا و **قوله** لانها اكثر اثباتا لان بينة الاعسار يوكد ما دل عليه غيره اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج و **قوله** في الملازمة لا يمنعونه الخ تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وليس بمستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعي ان يجلسه في مسجد حيه او في بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو دخل داره لحاجة او في بيته لغدا او غايط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة وعن هذا قيل اذا اعطاه الغدا واعد له موضعا لاجل الغايط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وفي منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله والدابن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة تلازمها **قال** رحمه الله فان افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع باق في يده فصاحب المتاع اسوة للغرما فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي بطلب البايع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالسعة وغيرهم للبيع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفا الثمن والعجز عن ايفا الثمن والعجز عن ايفا الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفا المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فارق مؤيد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعني لا نسلم ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا انعدم قبضه بانقطاعه عن ايدي الناس كان لرب السلم

حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة اعني الدين والعجز عما هو غير مستحق للعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتغير على البايع شرط من شروط عقده فصار كما كان المشتري مليا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به دينا في الذمة وبقا الدين ببقا محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بينه وبين المفلس والملي فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد البايع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمايه فيه وتاويل حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبايع فان قيل ما ذكرتم من الدليل الصحيح بجميع مقدماته لزم ان لا ينفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد لذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن ادا البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد **قوله** وبقبض العين جواب عما يقال لما كان العين المنقوده غير مستحقة بالعقد وجب ان لا يبرا ذمة المديون بدفع المنقوده وتقريره ان قضا الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الاخر وصف فيلتقيان قصاصا هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضا الدين فيجب اعتبارها ما لم يتعذر فيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فيجب ان يجعل العين المقبوض في مقابلها في الذمة عين ما في الذمه وكان العجز عنه عجزا عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان للعبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك متصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى حجر عنه فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق الى اخره كالتفسير لقوله فك الحجر و **قوله** عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رحمه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وانها عامة لا يختص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقف كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقف كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس استدلالا وانما هو تصحيح النقل بما يدل عليه من حيث كونه حكما لا من كونه تعريفا وصحح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى في هذا

لانه اول تصرف باشره العبد الماذون الشرى لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشرى متصرف لنفسه
لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء بعد الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة
ولهذا لو اقر على نفسه بالغصب صح وان كذبه المولى فكان الشرى بحقه له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته
قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضى بالضرر لا يتفاوت بين
نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يعتبر فان قيل الماذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك
فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما يراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب
بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اصيل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان
الاذن فكا للحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود
اجيب بان الرق لما كان باقيا كان الحجر بعد امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لا ان الساقط يعود ثم الاذن
كما يثبت بصريح الكلام يثبت دلالة كما اذا راى عبده يبيع من ماله شيا ويشترى فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قالا السكوت يحتمل للرضا وفرط
الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع
بيان اذ الناس يعاملون العبيد عليهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى حقوق دين عليه واذا لم يكن
ماذونا يتاخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار للمسلمين ما يوخذهم ولا اضرار
في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به او لا
والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي راه من البيع غير صحيح
فكيف يصح غيره وكذا اذا راى اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر في
التصرف الذي راه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت لسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره
ذلك لما قلنا ان الدين يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا
بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لانا لو جعلناه اذنا يبطل ملك المرتهن
عن اليد وقد لا يصل الى دينه من محل اخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا بقاء الراهن يتضرر ايضا ببطلان
ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن بحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان البيع المرهون موقوف على ظاهر
الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان اقوى واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه
فانما لم يصر السكوت فيه اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح
يكون موقوفا لان انكاح المملوك مملوكا للمولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس
لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وامكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام
في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى ولاجازته وانما هو في ان سكوته اجازة او لا ولعل الصواب
ان نقول في ذلك ضررا محتملا للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى
او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه ماذونا فيعاملونه فيتضرر
به لو لم يكن ماذونا له ولم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق
بين شي وشي من الوجوه المذكوره اعني ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لغيره **قال** رحمه الله واذا اذن
المولى لعبده في التجارة اذا قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة ولم يقيد بشي كان اذنا عاما بالتصرف
في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشترى ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام
فكان عاما ايضا ولجميع انواع الاعيان لانه اي بيع الاعيان اصل التجارة والمنافع لكونها قائمة
بالاعيان الحقت بها ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي

حنيفة

رحمه الله خلافا لهما لان البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح
دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظم
الاذن بالمقصود ولابي حنيفة رحمه الله ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد الماذون
لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة
وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من الماذون كالغبن اليسير فانه يصح من الماذون بالاتفاق وفي حق المريض
يعتبر من الثلث ابو حنيفة سوى ههنا بين البيع والشرى والغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل
لان الوكيل يرجع على الامر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشرى متهما في انه اشتراه لنفسه فلما
ظهر له الغبن اراد ان يلزم الامر وهذا لا يوجد في تصرف الماذون لان الامر انه لا يرجع بما يلحقه من العهدة
على احد فكان البيع والشرى في حقه سوا وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة يجوز ان يبيع
ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة ولو حابى العبد الماذون في مرض موته
اعتبر محاباته من جميع المال اذ لم يكن عليه دين يستغرقه وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن
جميع ما بقي يعني يودى دينه او لا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث
لحق الورثة ولا وارث للعبد لان ابقا المولى وارث لانه رضي بالاذن بسقوط حقه وهذا لو اسقط الوارث
حقه في التثليث لنفذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطا بماله بطل المحاباة فيقال للمشتري اد
جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر يعني اذا حابا في مرض موته وللماذون ان يسلم نفسه رب السلم
والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشرى لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة
بغيره ويجوز له ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ويملك ان يتقبل الارض
اي يستاجرها ويستاجر الاجراء والبيوت لان ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه
تحصيل الربح لانه ان كان البذر من قبله فهو مستاجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار
بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شي بخلاف الاستيجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض
فهو اجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو اجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجي فكذا
هذا وله ان يشترى طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه الزارع يتاجر
ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة
والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا
وزيادة فصحت بقدر ما يملكه الماذون وهو الوكالة ويدفع المال مضاربة ويأخذها
لانه من عادة التجار وله ان يوجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في احد قوليه لانه لا يملك
العقد على نفسه لكونه باقيا على ملك مولاه في التصرف في كسبه الا ترى انه لا يملك بيع نفسه ولا
رهنها بدين عليه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله لان المولى اذن له
بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو راس المال الماذون له يملك التصرف فيه ضرورة
فالماذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة
والرهن او من حيث منافعها بالاجارة ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض
فانه ما اذن عندنا الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فيما
فرضناه للربح لم يكن الربح هذا خلف باطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود
قال رحمه الله فان اذن له في نوع منها دون غيره قد تقدم ان الاذن عندنا فك
الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي انه توكيل وانابة وعلى ذلك تنبني هذه المسألة

ومعنى انه اذا اذن في نوع من التجارة كالبر مثلا دون غيره كان ماذونا له في جميع انواعها عندنا
وعند زفر لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن له اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قال لان الاذن توكيل
وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى دون العبد
ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال اعمل بمضاربة
في البر مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه في اول كتاب الماذون وعند ذلك
يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير
وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة
ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن منه تصرف في ملك نفسه لا في ملك
الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية
على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنايب عن
مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد
يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون عالما بالتجارة في البر دون الخز
احيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز
التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف
باهليته ومالكيته فليس السؤال وارد قوله بخلاف الوكيل يجوز ان يكون جوابا عن قوله
كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله
وحكم التصرف جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند اي لا نسلم ان حكم التصرف
وهو الملك واقع للمولى بل هو للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن
المولى وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وموضعه اصول الفقه قال رحمه الله وان اذن له
بعينه اذا اذن المولى بشي بعينه مثل ان يقول اشتر هذا الثوب بعينه او ثوبا للكسوة
او طعاما رزقا للاهل لم يكن ماذونا وهذا يفيد ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد
به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى ان من امر عبده بشراء بقل
بفلسين كان ماذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويوخذ بهما في الحال فلا يستطيع ان
يستعين احد على استخدام عبده فيما اسند اليه حاجة لان غالب استعمال العبيد في شرا
الاشيا الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه ان اذن بتصرف مكرر
صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه او دلالة
كما اذا قال اد الي الغلة كل شهرا وادا الي الفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا
بالتكسب فهو دلالة التكرار او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشرا ما لا بد له كما اذا قال
منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير
مكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وامر
مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب ان الامر بالعقد المكرر دلالة
وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا
فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي
والشخصي والاذن بالاول اذن دون الثاني فتامل قال رحمه الله واقرار الماذون بالديون
والغصوب جايز اقرار الماذون له جايز بالديون والغصوب والودايع لان الاقرار بها

من توابع التجارة واما بالديون والودايع فظاهر فان البايع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا او يقبض
فيودع عنده واما بالمغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان والضمان الواجب به
من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفا التجارة
فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح احتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين كان في
مرضه بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم
دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق حق الغرما بما في ايديهما من المال والكسب بخلاف الاقرار بما
ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطي جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها
فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او بمهر وجب عليه
بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل ولا يواخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق
التجارة فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للماذون
ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه لذلك وزوج ابو يوسف بتجويز الامة لانه
تحصيل المال وهو المقصود بالاذن فكان كالاجارة وقال الاذن يتضمن التجارة وهذا
ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار
وانكاح الامة ليس من ذلك قوله وهذا لا يملك تزوج العبد توضيحه
ليس بواضح لعرايه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر
بلا منفعة قوله وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان
والاب والوصي يعني ان هولا لا يملكون تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله
قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا
الكتاب ان لهما يعني الاب والوصي بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير
بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادته المهر قال وما ذكر
في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي والكافي
الصغار وقال بعض الشارحين حمل على ان في المسئلة روايتين قال رحمه الله ولا يكاتب
لانه ليس بتجارة ولا يجوز للماذون ان يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة
مبادلة المال بالمال والبدل وان كان مالا لانه يتضمن لكنه معامل بفك الحجر وهو ليس بمال
فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف
على الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا وبيانه ما قاله لان المولى قد ملكه لان كسب العبد
الماذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نايبا عن
المولى وترجع الحقوق وهي في مطالبة بدل الكتابة والفسخ عن العجز وثبوت الولاء بعد
العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان فيض البدل الى من
نفذ العتق من جهته ولقايل ان يقول الوكيل سفيرا ولا اذا عقد العقد يحتاج الى اجازة
وههنا ليس كذلك ويمكن ان يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال
ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليل كان او كثير بطلت كتابته وان اجازه المولى
لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من
ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه
درهم فالاعتاق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشا

العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عند هما لكن ضمن قيمة
العبد للغرما لانه لو انشا العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرما على العوض لانه مولود في
كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي في حال الرق فيتعلق به حقهم ولا
ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق ولا ان كل ذلك تبرعا بصريحه ابتدا وانتها او ابتدا
فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة و **قوله**
من الطعام يشير الى ان اهدى غير الماكول لا يجوز اصلا والاهدا اليسير راجع الى الضيافة
اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان ماله
تجارته مثلا عشرة الاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته
عشرة فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيرا عرفا والهدية بالماكول كالضيافة به
والقياس لا يصح شي من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا
لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار كذا في المغرب فكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث
التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وبا في كلامه ظاهر
قال رحمه الله وديونه متعلقة برقبته اذا وجب ديون على الماذون بالتجارة او بما
هو في معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت برقبته
يباع للغرما الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع لان غرض
المولى الاذن من الاذن تحصيل مال له لم يكن حاصلا لا تفويت ما له حاصل وذلك اي غرض المولى
حاصل في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شي منه عن الدين يحصل للمولى و **قوله** لا بالرقبة
معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيا تعلق دينه برقبته يباع فيه
فهلا كان كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة
بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه يبع في ذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام
فيما يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى
بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد استيفا كدين
الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس **قوله** وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه
ان سبب هذا الدين التجارة لانها نه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بالاطلاق
فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفا
كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيسوى في حقوق الناس ويجوز
ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى **قوله** وتعلق الدين برقبته
استيفا جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل ما ليس حاصلا وبيانه ان الدين
اذا تعلق برقبته استيفا وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر
المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف المولى يمنعهم عن
ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرضا
لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وينعدم الضرر في حقه
بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفا بالديون
لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفا بها لم يكن دخوله في ملكه
دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه ولا المولى حين لا دين

على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن باع ذلك
العبد لان العبد اختاره المولى ويكون المبيع جابرا لما فات من العبد والظاهر ان الدين لما
استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد فيه وليس بواضح لانه
لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره
بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا
بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه
في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لان الشرا
بغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولو لم يكن
مساوية لقيمته كان ذلك شرا بغبن وهو نادر وتحقيقه انها ولو لم تكن مساوية لاختار ادا
الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب ابي حنيفة وهو مخصوص بما ذكر للعتق
والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد الماذون عندهما
كما سيجي و **قوله** وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه يتعلق بالكسب فكيف يتعلق
بعد بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير انه يبدا بالكسب في الاستيفا نظرا للجانبين وعند
عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم و **قوله** الا ان يفديه المولى
اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان الاختيار الفدا من الغائب غير متصور
لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب
فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة
رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير اذن مولاه
حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه
اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرما وحجر الغرما غير منصوص وهو كالتركة
المستغرقة بالدين يجوز بيعها للقاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضا الدين فانه لم يعد
حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضى الغرما **قوله** وقوله في الكتاب يعني
مختصر القدوري ومعناه ظاهر **قال** رحمه الله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص اذا باع القاضي
العبد يقسم ثمنه بين الغرما بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان
لم يكن بالثمن وفا يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفا حقوق الغرما
فان بقي عليه شي من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته
وعدم وفا الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب
باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كي يمنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي
يشتريه يباع في دين ثانيا بدون اختياره امتنع عن شراه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر
الغرما ودفعا للضرر عن المشتري لانه لم ياذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين
فلو وسع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الاذن فانه لا يباع عليه ثانيا
وان كان راضيا ببيعه بسبب الدين فكان لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات
قوله ويتعلق دينه بكسبه بيانا لا لكسب الذي يبدا به والذي لا يبدا به فالكسب الذي
لم ينتزعه المولى من يده يتعلق به الدين سوا كان حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق
بما قبله من الهبة لان المولى يخلف الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ فكان

ككسب غير مشروع ولم يتعلق بما انتزعه المولى منه قبل الدين لحصول شرط الخلوص له وهو
خلوص ذمة العبد عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان ياخذ غلة مثله والغلة كما تحصل
من ريع ارض او كرايها او اجرة غلام او نحو ذلك ومعناه له ان ياخذ الضريبة التي ضربها عليه
في كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان ياخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ربحه كان
للغرما ولا ياخذ اكثر مما كان ياخذ قبل الديون والقياس ان لا ياخذ اصلا والاخذ شيا رده
لانه اخذ من كسبه وكسبه حق الغرما ولكنه استحسن فعل لسلامة المقرر قبله للمولى لان
في اخذ المولى ذلك منفعة للغرما بابقايه على الاذن بسبب ما يحصل اليه من الغلة فلو لم
يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة على ذلك فلا ياخذها لعدم الضرر ورغ
حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها ردها على الغرما لتقدم حقهم فيها ثم
اذن المولى لعبده اما ان يكون شايعا اولا فان كان الاول لم يحجر حتى يظهر الحجر له ولاكثر اهل
سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تاخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته
وكسبه لان العبد اكتسب شيا اخذه المولى والحقه دين اقام البينة كان قد حجر عليه فيتاخر
حقه فيصير الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجا ذلك اي تعلق حقهم برقبته وكسبه
وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضا الدين من خالص ماله بعد العتق
ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان فكذلك
وما بايعته جايز وان باعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى ابتدا فكذا
بقا ولو حجر في بيته بمحضر من اهل سوقه تحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام
الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام وان كان الثاني بان لم
يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه تحجر لعدم الضرر والاضرار قال رحمه الله
ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب فقد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم
ابتدايه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقا كالابتدا وعلى هذا اذا مات المولى او جن جنونا
مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه او لحق بدار الحرب تحجر الماذون لانتفا الاهلية بهذه
العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار
محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن فان المولى اذا اذن
لعبده الابق في التجارة وعلم به العبد كان ماذونا فلان لا ينافي بقاه اولى لان البقا
اسهل من الابتدا وصار كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك اخذه
بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه ابقا
ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضيته دينه من كسبه
ولم يتحقق ذلك من الابق ولا يكون راضيا وانما لم يكن منافيا في الابتدا فانا نجعله حجرا دلالة
ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر
وان عاد من الاباق وهل يعود الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود واستيلاد الماذونة
لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر رحمه الله ليس بحجر اعتبارا بالابتدا فان المولى
لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلما حجرا
لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس
بالمعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتدا وبقي

الولي

المولى فيهما ان ركبتها ديون لاستلافه محلا تعلق به حق الغرما اذ به يمتنع حق الغرما البيع وبه
يقتضي حقه **قوله** واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما
قيد بكونها اكثر لتظهر الفايدة في ان المولى يضمن قيمتها ولا الزيادة عليها و**قوله** ولا
منافاة بين حكميهما اي حكم الاذن والتدبير لان بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق
العتق ان كان لا يورث في فكاك الحجر لا يورث في الحجر عليه **قال** رحمه الله واذا حجر على
الماذون له فاقراره جايز اذا حجر على العبد الماذون له فاقر بما في يده من المال لغير مولاه
فهو جايز عند ابي حنيفة رحمه الله قال المصنف ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة
لغيره وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصوب
فبين ان المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضي بما في يده للمقر له وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد ولا شي منهما بموجود بعد
الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا
ورد بانا لا نسلم ان يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها والمسلم
في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب القته الريح في حجر رجل وكان حضور
العبد وغيبته سوا واجيب بانا نسلمها اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما
اذا علم ذلك فللمولى اخذها وكذا اذا علم انه مال المولى ولو يعلم انه كسب العبد وصار كما
اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيانه لا يبطل لا لابطال الحجر يده بمسايل متفق عليها
فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من
غيره وثبتت الحجر بهم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا تباع رقبته
بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابي حنيفة رحمه الله ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح
اقراره بما انتزعه المولى من يده لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر
لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره
دليل تحققها ولقايل ان يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحته والاول ممنوع
والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصلح اخذه في الدليل والجواب ان مطلقه
دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه
المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام
فيما انتزعه من يده واما حكما فلان النزع كان قبل ثبوت الدين فلا يبطل باقراره لانه اقرار
بما ليس في يده اصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى الى اخر
اجوبة عما استشهدا به من المسايل المتفق عليها وهو ظاهر و**قوله** على ما عرف اشارة الى
حديث بريرة رضي الله عنها و**قوله** فلا يبقى ما ثبت حكم الملك يعني به الاذن فانه ثبت للعبد
حكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك و**قوله** ولهذا لم يكن خصما توضيح لتبديل العبد
فان العبد اذا باشر شيا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده
كعبد اخر لم يباشر ولو تبدله لكان خصما لصدور المباشر عنه حقيقة **قال** رحمه الله
واذا لزمته ديون اذا لزمته ديون فلا يخلو اما ان تحيط بماله ورقبته او لا تحيط بشي من ذلك
او احاط بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والماذون
ايضا يساوي الفا وعليه الف درهم والثاني ان يكون عليه خمسماية درهم والثالث ان يكون

عليه الفداء ربهم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة
قد وجد فان الملك الاصل علة الملك الفرع ولهذا يملك اعتاقها بعين الرقبة فكان سبب الملك
في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق
وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق
الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك نظرا للمورث باتصال ماله الى اقرب
الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل
النظر في ضده اي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الديون لانه فرض عليه والميراث صلة
واذا كان سبب الملك النظر وقد فات العتق ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فما ثبت نظرا
للعبد ليراعي ذلك بعدم العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرما التعلق
حقهم به ولابي حنيفة رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة تعلق الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين مشغول
بها فلا يخلفه فيه يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث لا لا الخلافة في الموضعين
لانعدام اهلية الملك في المال فالميت ليس باهل للمالية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة
والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت اظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته
الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه
لكونه فرعه ثم من قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني يملك المولى كسبه
وينفذ عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعري عن
قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا
لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين
عن مبسوط الجامع الصغير ان العتق جائز قال **قال** رحمه الله وان باع المولى شيئا بمثل قيمته جاز
اي اذا باع العبد المديون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي
عن كسبه اذا كان عليه دين ويعلم منه انه اذا لم يكن عليه لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع منه
بنقصان لم يجز مطلقا اي سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه بميله اليه عادة بخلاف
ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا فانه لا يتهمه فيه فان قيل التهمة قد تكون موجودة
اجيب بانه موهوم حيث انه لو بيننا عنه دليل **قوله** بخلاف ما اذا باع مروي ٢
قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته
جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب
لذلك عدم الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف وقال ويجوز ان يكون بدون
الواو ويتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي اي انه يجوز في كل حال
اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز
عند ابي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو وبناه
قلت ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله
بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل
القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو وجعله متعلقا باول المسئلة

وفي

وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا مثل القيمة جاز لانه كالاجنبي
عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده
لانه حق بقية الورثة تعلق بعينه اي عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما
حق الغرما فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة
دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى اخره وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان تخير البيع وخير المولى ان شاء ازال المحاباة باتصال الثمن الى تمام
القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ وقيل
والصحيح انه قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون
له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي
قوله وعلى المذهبين اي مذهب ابي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل
لبيان التساوي في المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب ابي حنيفة اذا باع مولاه بنقصان
يسيرا وكثيرا لا يجوز فلا تخيير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى ووجه ذلك اي وجه الجواز
مع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم
وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث
يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة لان البيع باليسير منهما اي من المولى والاجنبي متردد بين
التبرع والبيع اما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع فلدخوله تحت تقويم
المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما
اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من العبد المأذون
له لا تجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن له منه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته
لنفسه غير ان فيه ضررا للغرماء فيزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان باللفظ التثنية
وفي بعض النسخ هذا الفرقان قال في النهاية ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على
قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي في حق المحاباة
اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا يجوز عندهما
مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالازالة واما ابو حنيفة رحمه الله على رواية هذا
الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيء من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق
بين المولى والاجنبي في جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرنا
في صدر الكلام **قال** رحمه الله وان باعه المولى شيئا ظاهر الى قوله فان سلم المبيع
اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت في العين
من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس
سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين
لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو اتلف شيئا من ماله لم يضمن
بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى لا يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه
بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد غيره كما لو اودع عند عبده شيئا او غصبه
منه وان امسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز لانه بائع وللبائع حق الحبس في
المبيع ولهذا كان هو احق به من الغرماء فان قيل على هذا التقدير استوجب دينا في

ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلنا آنفا اجاب بقوله وجاز
ان يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين
متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لا تعلق برقبته وهذا
لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البايع ولا يزيل اليد ما لم يستوف الثمن فاذا كان اليد باقية
تعلق حقه بالعين من حيث هي و بالدين من حيث تعلقه بالعين ولو باعه باكثر من قيمته
جاز لكنه مخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء كانت بيسيره او كثيره
لان الزيادة تعلق بها حق الغرما قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط واما
على رواية صاحب الكتاب وهو رواية المبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي
حنيفة رحمه الله كما ذكر في جانب العبد واذا اعتق المولى عبده الماذون له وعليه ديون لزمته
بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال فاعتاقه جايز لبقا ملكه فيه
وهو ضامن للغرما قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او
لم يعلم به لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفا بثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم
وعدمه ولا يوجب ان يضمن مقدار ما اتلفه فبقي الباقي عليه كما كان ويطالب به بعد
العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق
المدبر على ما ذكره وهو واضح وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري
وغيبه معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرما والدين حال فان شا الغرما ضمنوا
البايع قيمته وان شاوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان
يقضي المولى دينهم وقد اتلفاه البايع اما البايع فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض
والتغييب لا بمجرد البيع والشرا وان شاوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة
لان الاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم لم يكن هنا ضمان فكذا اذا كان الثمن وفى
بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البايع على ما سيجي وكذا اذا كانت الديون على الماذون
موجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة
حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوايد القيود
المذكورة و قوله كما في المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم
اجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا فان ضمنوا البايع قيمته ثم
رد على المولى بعيب معناه اذا قبله بقضا لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد
الى الحال الاول وهو ظاهر ولكن بقي شي وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم
المونة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرما واجيب عن ذلك بان
حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعا وقد فات بالبيع وحق الغرما منحصر في بيع التركة
فافترقا قال رحمه الله ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فاذا قال للمولى هذا
العبد الذي ابيعه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع
بينهما لازما فان ذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرما فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو
حق الاستسعا والاستيفا من رقبته به وكلمة به محذوفة في المتن وفي كل منهما
فايدة فالاول يعني فالاستسعا تام موخر والثاني ناقص لانه لم يف بديونهم معجل والبيع
يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه وقال المشايخ تاويله اذا لم يصل

اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه وقال المشايخ تاويله اذا لم يصل
اليهم بوصول حقهم اليه قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا
يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم
ولاية الرد للاستيفا في الديون واجيب بانهم قد رضوا باسقاط حقهم حيث قبضوا
الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفايدة قوله ولا محاباة في البيع معنا
ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون
فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفدا فما باله هنا لا يكون مختارا
لقضا الديون من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه
بالبيع طولب به لبقا الواجب عليه واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط
عنه بالبيع والاعتاق حتى يواخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول
انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة
فلم يتعين عدة والجواب ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل
على خلافه فان كان البايع غايبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر ديونهم وصدقهم
في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضي لهم
بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده ولهما انه لو جعل خصما
لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضا على الغايب قال
فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا فطلب الشفيع ثم وهبها الرجل وسلمها اليه وغاب
الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة
مثل قوله في هذه المسئلة قال رحمه الله ومن قدم مصرا رجل قدم مصرا وقال انا عبد
لفلان فاشترى وباع لزمه كل شي من التجارة لانه اخبر انه ماذون له فاخباره دليل عليه
وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن
شيين احدهما الخبر انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني الخبر انه ماذون له في التجارة
وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة ووجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب وقوله
كيلا يضيق الامر على الناس توضيحه ان للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار
والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الذي يبعث الى شاهدين يشهدان
عند كل تصرف انه ماذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى قوله الا انه لا
استثنا من قوله لزمه كل شي ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفا لا يباع في الدين حتى
يحضر مولاه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى
انه اذا اذن للمدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينيذ
جاز ان يكون ماذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضا الدين من كسبه من لوازم الاذن في
التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كتاب الماذون ويتعلق دينه
بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر
مولاه فقال هو ماذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور
فالقول قوله وعلى الغرما البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة فلا يقبل
قوله عند جحود المولى الا بالبينة فصل لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين

احكام اذن الصبي لانه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي
يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم
التقييد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير
ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه لنفسه وهو
باق بعد الاذن وبقاء العلة تستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق بنفسه
بل لحق المولى وهو يسقط لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك المولى
التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز
وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق والعتاق لا يصحان منه وان اذن له الولي
بخلاف الصوم النفل والصلوات النافلة لانهما لا يتعلقان بالولي فيصحان منه قوله وكذا
الوصية على اصل يعني قلت يصحح كصحتهما اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق
من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان
تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشرا فيتولاه
الولي ولا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب
تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما
انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشرا جالب ويعلم الغبن اليسير من
الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما
الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن له الا ترى ان
الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية
شرعية وان اذن الولي بذلك قوله والصبي سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره لصباه
وتقريره انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة
فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير
لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كالمأذون
للعبد المولى قوله وبقا ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الولاية الهداية بالاذن
لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقا ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبي من
اسباب المرحمة بالحديث وباعتبار كلامه في التصرف نفع محض للاستيفاء المصلحة بطريقين
اي بمباشرة وليه له وبمباشرته نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره والاحتمال
تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل التبدل له من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي
لتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق
وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي ثلاثة اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما
فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق
والعتاق لا يؤهل له اصلا والثالث كالبيع والشرا يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رأيه
يجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه
نظرا فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله قال قيل
اذا باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف
اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي

في الكتابة

في الكتابة ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد
وترتيبه وليه هو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه ثم الوالي
صاحب الشرط يريد به امير صاحب البلد كامير بخاري وكان الوالي اكبر منه لان له ولاية تقليد
القاضي دون صاحب الشرط قوله والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره قوله والتشبيه
بالعبد المأذون له الى آخره كذلك لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن
التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين محيط بماله دون الولي والجواب بان ذلك
من انحجار المولى عدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه
حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه
والمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه عينا
كان او دينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان حاله الغير واورد بان الولاية
المنفك به فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك
باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة
وتوابعها وكذا يجوز في ظاهر الرواية احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز
اقراره بذلك لان اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك كيلا يمتنع الناس عن
معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه
بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش
كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما مالية ولا يملك تزويج
عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف لابي يوسف ولا كتابته وان كان الولي والوصي
يملكانها لان الاذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه
الذي يعقل البيع والشرا بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي
والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي نازله ولاية على
ان المعتوه يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد الى آخره وحكمه كحكم الصبي
اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة وقال ابو بكر البلخي لا
يصح قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله والله اعلم

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مآلا حتى
ان اقرار المأذون لما صح بدون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر
لكون الاول لصنيع التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان
المغصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون للغاصب ملكا رقبته فصار كالعبد
المأذون فانه غير مالك لرقبته ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك
فذكر احد المتجانسين متصلا بالاخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع
من كل وجه والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل
اللغة سواء كان متقوما او غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة اخذ مال
متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك
لابد منها في حد الغصب عندنا وعند الشافعي هو اثبات اليد العادية عليه وعزم الاخلا

نظهر في زوايد المغصوب كالو كولد المغصوب وثمر البستان فانها ليست مضمونة عندنا لعدم ازالة
اليد وغير مضمونه لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط
ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقا اثر فعله ثم ان كان
الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المائم والمغرم فان كان بدونه فالضمان لانه
حق العبد فلا يتوقف على قصده والاثم لان الخطا موضوع **قال** رحمه الله ومن غصب شيئا
له مثل المغصوب اما ان يكون قايما بيد الغاصب اولى والاول سيجي والثاني ما يكون له
مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه اولى فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ
القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل بقوله تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل الحق بنصرفا لي ما هو مثل صورة
ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعات الجنس والمالية لان الحنطة مثلا
بمثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المودّاه مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجوده ساقط
العبرة في الديونات فكان ادفع للضرر فان الغاصب فوّت على المغصوب منه الصورة والمعنى
فالخير التام ان يتدارکه بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله
الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له
فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد الي اخر كلامه واضح قيل انما قدم قول
ابي يوسف ليثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم
الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة لم يتاتى
الا بتقديم قول ابي يوسف وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف
معناه اي معنا قوله لا مثل له في العدديات المتفاوته وتحقيقه ان معناه الشي الذي لا
يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقه هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوت
مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعات الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها
دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالكيلي حتى يجب مثله
لقله التفاوت قيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثل
وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست وليس بواضح لان من المكيل ما ليس
كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فيجب القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين
ولعمري ان تقديم هذا القسم كان انسب فتامل **قوله** صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت
حتى ترد اي على صاحب اليد عين ما اخذت اليد حتى ترد وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان ياخذ
متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واحد صحح وروايه الفاء بوجها المصابيح
بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه لا يريد باخذ سرقته ولكن ادخال الغيظ على اخيه
فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى عليه او قاصد للعب وهو يريد انه
جاد في ذلك لتغيظه ولان اليد حق مقصود بدليل جواز اذن العبد في التجاره فانه لا حكم
لشراه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان مديونا فانه ليس هناك شايبة النيابة
عن المولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب عليه اعادتها
بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص

خلفا

خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والماليه وقيل الموجود الاصلي القيمه ورد العين مخلص
ويظهر ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرا الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرا حتى
لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمه على الغاصب في الحال ثابتا لما صح
الابرا لان الابرا عن العين لا يصح ومنها صحة الكفاله مع ان الكفاله لا تصح بالعين ومنها
وجوب الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيا وهو قايم في يده لا يجب عليه
الزكوة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان الموجب
الاصلي لو كان القيمه لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمه لان المصير الى الخلف
انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابرا انما هو يعرض به
ان يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابرا صحيحا من ذلك الوجه وقد ذكر
قررناه ذلك في التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها
صحيحه والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكاة بما ذكرناه في مسئلة الابرا
ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه فيه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها
حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ومقدار ذلك مفوض الى راي الحاكم وهذا
اذا لم يرض المالك بالقضا بالقيمة فان رضي او حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها قضى عليه ببدلها
بما اتفقا عليه من القيمه او اقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمه لان الواجب رد العين
والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر
فان قيل ذكر في الذخيرة في السير ان الغاصب اذا غيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة
من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور
في الكتاب جواب الافضل **قوله** رحمه الله والغصب فيما ينقل ويحول الغصب كاين فيما ينقل
ويحول لا في العقار وهو كل ما له اصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل
التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان اخر كما في حوالة البادنجان والنقل يستعمل بدون
الاثبات في مكان اخر لان الغصب بحقيقته يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل
ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقارا فهلك في يده بغير
صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يضمنه وهو قول ابي
يوسف الاول والشافعي لتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته
زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة وانما
قيل من جنس واحد احترازا عما اذا اجر داره رجل فانها في يد المستاجر حقيقة وفي يد الاجر حكما لكنهما
بيدان مختلفان فيتحقق الوصفان نعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب
اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول في تحقق الوصفين وجحود الوديعة
في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحدها كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان
في هذه الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود
بينا قض ظاهر وكان التخلص باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي بالالزام لانه يكتفي في
الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات
اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد
المالك لا تزول الا باخراجه اي باخراج المالك عنها اي عن العقار يعني الضيعة والدار وهو

كود

من صح

اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانه في ازالة اليد والكل يستلزم انتقال الحرمة فصار كما اذا بعد
المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو
الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ذكره في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن
وانه جحد وذكر في المبسوط والاصح انه بجحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون ضامنا
للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك
بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك ذلك قال رحمه الله وما نقص منه بفعله وسكناه
ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد
والشافعي فظاهر واما قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله فلانه اتلاف والعقار يضمن به
كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله ويدخل فيما قاله يعني
القدوري اذا انهدمت من سكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فهي حدار
الدار بسبب ذلك وان انهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدم منه الدار
بعد ما غصبها وسكنها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب
الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البايع للمالك شيئا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله فان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما
خلافا لمحمد وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البايع بالغصب في حق المشتري باطل
فان المبكر للمالك سنة بتحقق الغصب واما اذا كانت له بينة امكنه ان يقيمها على الدار
ملكه وياخذها عن المشتري فلا يضمن البايع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون
احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم والضمان على البايع بالاتفاق فان
قيل اذا شهد بدار لانسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق
وان لا فيها اتلاف البايع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما الجواب ان مسئلة
الشهادة على قول محمد وعلى تقدير ان يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف
في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقاما بينة على الملك لنفسه لا يقبل بينته
والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسئلتنا فلا اتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك
عن اثبات ملكه ببينته الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه يقضى له بها فلهذا لا يكون
البايع ضامنا وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم
كان يستاجر هذا الارض قبل استعمالها وبكم يستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما
نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلا واضح وان اهلك النقل في يد الغاصب بفعله
او بغير فعله ضمن وذكر الخلاف والشيخ وبين المراد واستدل بقوله لان الغاصب دخل
في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة على راي من يرى
الموجب الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا او سقط راي القيمة ذلك
السبب يعني على راي من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فان اهلك العين
تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو
السبب يعتبر قيمته يوم الغصب ولا فرق في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او بفعل غيره
وان نقص المغصوب في يد الغاصب ولم يجبر نقصانه بوجه اخر ضمن النقصان سوا كان اذ

بعينه

النقصان

النقصان في بدنه مثل ان كان جارية فاعورت او ناهدة الثديين فانكسر ثديها او في غير بدنه
مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه بالغصب وقد فات منه جزء
فتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واما اذا كان النقصان يجبر بعضه مثل ان ولدت
المغصوبة عند الغاصب فزاد بها في قيمة الولد وفي النقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا
خلافا لزفر رحمه الله فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما ان يكون الرد في مكان الغصب
او في غيره فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه
تخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان
حصل من جهة الغاصب بنقله الى هذا المكان فلذلك كان له ان يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله
ان ينتظر وقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف
البيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا انتقص شيء من قيمة المبيع في يد البايع بفوات وصف منه قبل
ان يقبضه المشتري لا يضمن البايع شيئا بالنقصان حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب
نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت في يد البايع فصارت
تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضا البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم
تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل
تحل الذات بجميع اجزائها وصفا تبعا فكانت مضمونة قال المصنف رحمه الله ومراده
اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات
كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او انا فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شا اخذ ذلك بعينه وان شا تركه وضمنه
مثله قال رحمه الله ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن غصب عبدا فاجره وقبض الاجرة
فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر
رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق
بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها وعلى هذا الاجر
المستغير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان
فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا
اذا ضمن ولهما القول بالموجب اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل واصله حديث
الشاة المصلية وهو معروف بان تبدل التصرف في ملكه مستند فاني يكون الخبث اجاب
بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر في حق القايم دون
الفايت فلا يعدم به الخبث فان هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة
في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد يباح له التناول فيزول
الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه
المشتري فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما
كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره اي غير الغلة بنا وبالمذكور والاجر او المال
لانه محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى بذلك لانها ملكه وان

وصفته

كان فيه حنث فلو اصاب مالا يجد فمثله ان كان غنيا وقت الاستهلاك اي وقت استهلاك الثمن
وان كان فقيرا فلا شي عليه لما ذكرنا انه محتاج وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا
فلا شي عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله **قال** رحمه الله ومن غصب الفا فاشترى
بها جارية الغاصب اذا تصرف في المغصوب او المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند
ابي حنيفة رحمه الله ومحمد خلافا للشافعي لابي يوسف وقد مرت الدلايل وجوابهما في الوديعة
اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا
فيكون الربح خبيثا وانما ذكر الشرا في وضع المسله تنبيها على تحقق الحنث والتداوله الايدي ثم هذا
اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر اما لا يتعين بالتعيين كالثمن من
الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى بها اشارة الى ان التصدق
انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على انه
اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى
غيرها واطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه اربعة اوجه ففي واحد منها لا يطيب
له وفي الباقي يطيب له وذكر في المبسوط وجها اخر لا يطيب فيه ايضا وهو انه دفع الى البايع
تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه تلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه
الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سوا الا بد ان يتاكد بالنقد
ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام
رحمه الله قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال اي في الوجوه
كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بالجميع الربح قال وذلك
لانه اذا نقدها ولم يسر فلا فسلامه المبيع حصلت بهذه الدراهم فما دام يصير الى عينها عوضا
فلا تثبت شبهة الحنث واذا اشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه
الاشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث ايضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه
كلها في الخبث ووجوب التصدق والمشتري بالتجارة تساوي الغنى فوهبها او طعاما فاكله
ثم يتصدق بشي لم يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس
بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الربح **فصل** لما فرغ من بيان
حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك
المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها
وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها
حتى يودي بدلها **قوله** بفعل الغاصب احترازا عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب
زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شا اخذه وان شا ضمنه وتركه **قوله**
حتى زال اسمها احترازا عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه
لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية و **قوله** وعظم منافعها ليتناول الحنطة
اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا
وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها
اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها
او طبخها وفيه اشارة الى ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة

والامثله كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من فعل **قوله** وهذا عندنا يعني كله زوال ملك
المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية
عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يودي
الى الربا اذا لدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الحنطة في تفريق الاجزا لا في احداث ما لم يكن
موجودا وتفريق الاجزا لا يبدل العين كالقطع في الثوب الا ترى ان الربوا يجري بينهما ولا يجري
الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين
في الاموال الربوية جايز وهو رواية عن ابي يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه ولا يسقط حقه عنه
لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرما بعد موته **قوله** وللشافعي عطف على قوله لانه يودي
الى الربوا وتقريره ان بقا العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لان الموجب الاصلي في
الغصب رد العين عند قيامه ولو لا بقاه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق على ملكه وتبعه
الصفة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحون فطحنت فان
الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلف في صورة النزاع فعل الغا
صب ولا في المستشهد به اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح
سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما
اذا عدم الفعل اصلا وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا
ذبح الشاة المغصوبة واربها اي جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب
الملك لكونه محظورا ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها
وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحد بما صير حق المالك هالكا من وجه الا
ترى انه تبدل الاسم وفات اعظم المقاصد وحقه اي حق الغاصب في الصنعة قايم
من كل وجه وما هو قايم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم
اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان في الذات احق منه في الحال لان الحال قايمة بالذات تابعة
له فينقطع حق المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قايمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من
وجه **قوله** ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة
تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث
هذه الجهة لا الجهة الاولى **قوله** بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة
المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة
بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية
فان قيل الكلام فيها بعد التارب ولا يقال شاة مارو بة بل يقال لحم مارو ب فقد حصل
الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم
الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتارب بعد
ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين بخلاف الطبخ بعده
لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها ان ياخذها **قوله** وهذا الوجه
اي وجه الاستدلال لان بقا الاسم على عدم انقطاع حق المالك وفوات الاسم على انقطاع حق
المالك شامل العامة فصول مسايل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او
قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا

تصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار علي ما سيجي لان عين الثوب قايم لم يتبدل اسمه و **قوله**
لا يحل له ظاهر و **قوله** ووجهه اي وجه القياس ان ثبوت الملك مطلق للتصرف يعني ان الملك
قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك بالدلايل المذكوره والملك مطلق للتصرف من غير توقف
علي رضا غيره الا تري انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب وهو حديث
رواه ابو حنيفه عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي برده رضي الله عنه عن ابي موسي ان النبي صلي الله عليه
وسلم كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصليه اي مشويه فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها
ولا تسيغه فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت اعز من هذا
لم نفس علي بها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاساري قال محمد
رحمه الله يعني المحبسين فامره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب تملكها لان
مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عليه ولما امر بالتصدق
يدل علي انه ملكها وعلي حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضا **قوله** ولان اباحة الانتفاع دليل
معقول وهو ظاهر و **قوله** ونفاذ بيعه جواب عن قوله ولهذا لو وهبه وتقريره ان النفاذ
لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد **قوله** واذا ادي البدل لم يرجع
الي قوله حتي يودي بدلها وكلامه واضح و **قوله** او ضمنه الحاكم يعني ان كان مال اليتيم وقوله
بخلاف ما تقدم اشارة الي قوله لمن غصب شاه وذبحها وشواها او طبخها او طحنه حنطه او
قطعها او حديدا فاتخذه سيفا و **قوله** واصله ما تقدم اشارة الي ما ذكر قبل هذا
الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصت الغله فعليه الضمان **قال**
رحمه الله وان غصب فضة او ذهبا اذا غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير
او انية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفه رحمه الله فياخذها ولا شي للغاصب وقالا يملكها
الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومه صيرا حقا حق المالك هالكا
من وجه الا تري انه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس المال
في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك وفي ذلك دليل علي تغايرهما معني
واسما لانه قبل الضرب كان يسمي تبرا او فضه وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل
ذلك ينقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفه رحمه الله ان العين باقية من كل وجه الا تري
ان الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقه بالذهب والفضه وهي الثمنيه وكونه موزونا
وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك **قوله** وصلاحية
راس المال وجوابا جواب عن قوله والتبر لا يصلح الي اخره وتقريره ان الصلاحية امر زايد علي
مقتضي الطبيعة تحدث بالصنعة لانه هلك العين من وجه و **قوله** وكذا الصنعة جواب
عن قوله احدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانها
لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة
بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضه فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وكذلك ذلك
لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادي الي الربوي ولو اوجبنا مثلا وزنا كان
فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجوده والصنعه فلمراعات حق المالك والتحرز عن الربا
قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجد صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له فضل
ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل

ولا

ولا قيمة لها في الاموال الربويه واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا
يصلح للابطال حق ثابت من كل وجه ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساجه بالحا
سيأتي بعد هذا فبني عليها ازال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما
اذا كانت قيمة البنا اكثر من قيمة الساجه واما اذا كانت قيمة الساجه اكثر من البنا فلم يزل ملك
مالكها وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه اخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله للمالك
اخذها والوجه في الجانبين ما قدمناه يعني في اول هذا الفصل بقوله اذا تغيرت العين المغصوبة
بفعل الغاصب الي اخره ووجه اخر لنا فيه اي في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه الشافعي اضرارا
بالغاصب الي اخره ووجه اخر لنا فيه في تعليل هذه المسئله ان فيما ذهب اليه الشافعي اضرارا بالغا
صب بنقض بنائه الحاصل بغير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط
بالخيط المغصوب بطن جاريته وادخل اللوح المغصوب سفينته والسفينه مع من عليها في لجة البحر
ليس للمالك ان ينزع لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع عند
فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عند من جنب الذي فيه تلف
النفس لان المسالك ملكه ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحد
منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره لان بابطاله زياده ضرر بالنسبة الي ضرر المالك فكانا
متساويين ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بني في حوالي الساحة
لانه غير متعد في البنا واما اذا بني علي الساحه ينقض لانه متعد فيه قال المصنف وجواب الكتاب
يعني قوله فبني عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساحة قبل البنا
عليها يصلح للاحراق تحت القدور ولابواب الدور وغير ذلك وبعده لا يصلح لشي من ذلك الا بعد
النقض والتغيير يوجب انقطاع حق المالك **قال** رحمه الله ومن ذبح شاة غيره قال ومن
ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها
وكذلك الجزور وهو ما اعد للذبح من الجمل وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسي ان يتوهم ان الغاصب
يجب ان يستحق اجر المثل للجزارة علي المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان ذلك زياده فيها لا نقصا
حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة نقصان فان للمالك
الخيار لاحتمال ان يكون له مقصود سوا اللحم من زيادة الاسمان والتاخير الي وقت اخر لمصلحة له
في ذلك وكذلك اذا قطع يديهما اي يد الشاه والجزور هذا هو ظاهر الروايه بخلاف ما روي
الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله انه لا يضمن شيا يعني في ذبح الشاه لان الذبح والسلخ في الشاه زيادة
علي ما مر ووجه الظاهر ما ذكر انه اتلاف من وجه باعتبار فوت الاغراض من الحمل والدر
والنسل وبقا بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب علي ما سيجي ولكنه لا يعم الجزور
بظاهره ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الاغراض اذ لم يجعل البيان منحصرا في ما ذكره بقوله في الحمل
والدر والنسل ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمنه جميع
قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتعيين بغير ماكول اللحم فايده فان حكم ماكوله
ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يديهما علي قوله ان شا ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان
شا ضمنه نقصانها فدل علي انها في الحكم سوا ومن الشارحين من قال هذا انما هو علي اختيار صاحب
الهدايه والظاهر وجوب تضمين القيمه بلا خيار فيهما اي في غير ماكول اللحم وماكوله اذا قطع
طرفه قال فاينما ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفي

ان يتوله وذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال في الاول لانه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان انه نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيره والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمته فله ان يمسكه ويأخذ النقصان **قوله** بخلاف قطع طرف العبد المملوك متعلق بقوله بالمالك ان يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الادمي وغيره ان الادمي يقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك **قال** رحمه الله ومن حرق ثوب غيره اختلف الناس في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير واشار في العدد وري الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه انه لا يبقى للباقي منفعة الثياب بان لا يصلح لثوب ما قال المصنف رحمه الله والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين فيل يعني من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت شيء من اجزائه وجنس المنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا ولان غيره لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع النقصان الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه فله ان يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان الفائت به بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقبا وامثاله والساقط من القيمة اقل الربع ومع هذا اعتبره محمد فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا كبيرا يضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا فالمالك ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك في هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لان يتخذ القبا والقميص وبعده لم يبق كذلك فكان مستهلكا من وجه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق وكذلك بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة او الى جانب البقا واخذ العين وضمن نقصان القطع ووضع المسئله بلفظ الثوب اشارة الى ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس **قال** رحمه الله ومن غصب ارضا كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة اكثر فله ان يأخذها والا فلا وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤ ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤ وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤ وكذلك اذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر اخراجه ينظر ايهما كان اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الاخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف ايهما شاء وله امثال غير ما ذكر وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق يروى في المغرب بتنوين عرق اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روى بالاضافة اي ليس لعرق غاصب بثوب بل يؤمر بقلعه و **قوله** يقوم

الارض الى اخره يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر فيضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البنا **قوله** ومن غصب ثوبا الى اخره ظاهر **وقوله** اعتبارا بفصل الساحة يعني كما ان في فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم تنتقص الارض به فكذلك هنا لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه **قوله** لان التمييز ممكن يعني بالعصر **وقوله** ولنا ما بينا في مسئله الساحة بالجيم تتوله ووجه اخرلنا **وقوله** والخيرة لصاحب الثوب جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شا سلم الثوب الى مالكه وان شا ضمن قيمة الثوب ابيض وبيانه ان تخيير كل منهما متناف لجواز وقوع البناء في بناهما وتخيير المالك اولى لان الثوب اصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال ابو عصمة المروزي رحمه الله في اصل المسئله يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر ولختر بهذا القيد عن ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئله الانصباغ كذلك لكن وقع من ابي عصمة في اصل المسئله فقيده بذلك تصحيحا للنقل وقد ظهر بما ذكرنا في مسئله الصبغ والانصباغ الوجه يعني جواب المسئله وتعليلها في السويق من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل غيران السويق مثلي وان الامثال فيضمن مثله والثوب مثلي واما الغنم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل

بياض

المراد منه اي من القيمة المثل سماه به اي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام المثل بالمغصوب وذكر الضمير في منه وبه ثانيا ولربما يتوهم **قوله** فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى اخره ان نظر الى ما يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فخمسة بالخمسة قصاص ويرجع ما بقي عليه من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله

فصل لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن ملك صاحب البدل لكن بشرط ان يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم تعليل الشافعي رحمه الله بذلك منافيا وهو مذهب القاضي ابي زيد فانه قال في الاسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي وقال شمس الائمة في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عندنا بالضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان هو السبب لكان اذا تم الملك بذلك السبب بزوائده المتصله والمنفصله كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصله والمنفصله ومع هذا في العبارة بعض

الشفعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيكون سببه مشروعا مرغوبا
فيه ولا يصلح ان يكون العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به
ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان
انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد وقوله نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال
لا نسلم ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ
التدبير وتقرير القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل
المجتهد فيه فيتقيد كالبيع مصادفا فالغرض للمدبر فيجوز بيعه لمصادفة الفرض بهذا واما ما نحن
فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه **قال** رحمه الله والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه
اختلفا في قيمة المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من
ذلك فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة
البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف
على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان
يقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة
على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن
المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا
اليمين واقامة البينة اسقطها ورفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة
وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع وقال المصنف رحمه الله اختار
قول من قال ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكر وهو الاصح
قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة
يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله ينبغي
ان تحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها
وقيمتها وانما كان ذلك اصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب
عادة وحين يغصب انما يتاتى للشهود معاينة فعل الغصب دون العلم باوصاف
المغصوب فيسقط اعتبارهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل
هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا الاحتياج
الى تاويل ابي بكر الاعمش وهو ما قال تاويلها ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك
فاما الشهادة على فعل الغصب فلا يقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك
للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فان
ضمن بعد تمام الرضا او لا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او
بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به
رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله
الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار
حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذ القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت
كالمسئلة الاولى اجاب بقوله واخذ دونها اي اخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على
تمام الرضا لانه انما اخذ ذلك لضرورة وهو عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة

لان

لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه
في هذا الفصل الاخير يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب اي هو بالخيار
ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له
في استردادها لانه وصل اليه بدل ملكه بكماله وهو اي ظاهر الرواية الا[صح] لانه لم يتم رضاه
بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وبما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار
قال رحمه الله ومن غصب عبدا فباعه ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته
نفذ بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت
فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة اجتماع البدلين والمبدل في ملك شخص واحد
ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد على ما نذكر والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الا[عتاق]
بالنص كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب
ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين في
رواية اجيز اعتاقه وهو الاصح قياسا على التوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي
وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا
يضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب المالك والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب
البستان من غلاته في شيء حتى يضمن بالتعدي لما انها عوض من منافع المغصوب ومنافعه غير
مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة غير متصلة
كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو
موجود في هذه الصورة كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان ولدها يكون مضمونا
عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات
اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول كتاب الغصب واثبات اليد
على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب
واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه
وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب
وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الضمان ليس بصفة الحمل قبل الانفصال ليس
بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يضمن وعليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك
لكن الازالة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى
فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بالاتلاف اتلفه او ذبحه واكله او باعه
وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان يفوت
بيع يحصل به لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وفيما ذكر ذلك بالبيع والتسليم وعورض
بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق
والملك في الشرا واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة
الغاصب فانه يضمن وان لم تزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع
القدرة على الاشهاد ولم تزل يد المغرور اذا منع الولد يضمن الولد ولم تزل يدا في حق الولد
ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثبات نقضا
فالجواب انما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطردا لا محالة

وأما الذي ما يوجب الضمان إن كان غصبا فلم يلتزم ذلك الجواز أن يكون الضامن حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا **قوله** وفي الظبية المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك أن القياس غير صحيح لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد فإنه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وإن قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لأن الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الأم مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا وإذا أطلق يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده فهو ضمان جناية أي إتلاف لأن صيد الحرم وزوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه تكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم **قوله** ويجب يعني الضمان بالإعانة والإشارة بالنص فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى **قال** رحمه الله وما نقصت الجارية بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لأن الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فات كلها فإن رد الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد يصلح أن يكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها يساوي ذلك النقصان فإنه لا ينجبر لها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبقيمة الولد وفاء وكما إذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فإنه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء عندهما والعلوق عند أبي حنيفة رحمهم الله على ما عرف ذلك يعني في طريق الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء وعندنا لكن لا يعد النقصان نقصانا لأن السبب لو احد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى إن الشاهدين إذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لأن الفوات إلى خلف كلا فوات فصار كما إذا ولدت جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطع يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحسب عن نقصان القطع ولم يعتبر ذلك النقصان لكونه إلى خلف **قوله** وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم أن الأم إذا ماتت لا ينجبر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيها وفاء وهذا المنع

على

على غير ظاهر الرواية وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فإن الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم إذ لا يفضي إليه غالبا وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم ورد القيمة لو رد الغير ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا إذا رد قيمتها وبخلاف ما إذا ماتت الولد الرد جواب عن قوله كما إذا هلك الولد قبل الرد جواب ووجهه أن كلامنا فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد وإذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعد الفسقة لم يكن اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فإن قيل المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله أجيب بأن المصنف رحمه الله أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصانا وإذا لم نقصان لم يحتج إلى جابر فإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فإن قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد أجيب بأنه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فإذا ارتفع النقصان بطل الخلفية ويبقى في ملك المولى فإن قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما أشار إليه المصنف من عدم عد نقصانا لا يضمنه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضا فلله در المصنف ما ألطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا **قال** رحمه الله ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الأمة أيضا إذا ماتت في نفاسها بعد ما ردها وتابعه المصنف في قوله ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ تقديم الحبل على الرد ليبان أن الحبل كان موجودا وقت الرد فإن الرد قد صح لأنه أوصل الحق إلى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فإن قيل لا نسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده أجاب بقوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن ولا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولأبي حنيفة رحمه الله أن الرد لم يكن صحيحا لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجد ههنا فإنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما إذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ فإنه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة إذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لأنها لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد ليكون نفيا لها **قوله** وفي فصل الشراء جواب عن قولهما كمن اشترى جارية وقد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه ومنها بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرناه من وجوب الرد على الوجه الذي

لاخذ عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيلا بما لم يوجد شرطه على ما وجد شرطه وهو تمثيل فاسد قيل
وتحقيقه ان الشرا لم يتناول الا العين لان الاوصاف لا تدخل في الشرا ولهذا لا يقابلها شي من الثمن فكان
الواجب على البايع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك
في يده واما الغاصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها
كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها فاسدا واما اذا حمت
في يد الغاصب فلان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة
كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او مركبة منهما فلا يضاف الى سبب تام في يد الغاصب للشك
والزنى سبب جواب عن قولهما او زنت في يده الى اخره وتقريره ان الزنا الذي وجد في يد
الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف والموجود في يد المالك جلد متلف كان
غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن **قال** رحمه الله ولا يضمن منافع ما غصبه منافع
الغصب غير مضمونة لكن ينقص استعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة
باجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني اتلافا
في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله فقال ان سكنها فكما قال الشافعي
رحمه الله مضمونة باجر المثل وان عطلها فكما قال ابو حنيفة للشافعي رحمه الله ان المنافع اموال
متقومة لكونها غير الادمي خلق لمصلحة الادمي ويجري فيه الشح والضنة ويضمن بالعقود صحيحة
كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصوب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة
ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حادثة في امكانه اي تصرفه وقدرته وكسبه اذ لم تكن
حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدثت في امكان الرجل فهو ملكه دفعا للحاجة فان الملك
لم يثبت للعبد الا دفعا للحاجة لاقامة التكاليف والمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن
ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه
لا بقا لها ولئن سلمنا تحقيق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة
فنائها وبقا الاعيان واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي
تبقى زمانا على ان المماثلة من حيث الفنا والبقا غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه ثم
بدراهم اليتيم فانه جايز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا
بالوجه الحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق
وابقى فكان السوال غير وارد وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض الا ترى ان بيع
الثياب بالدراهم جايز وان كان احدهما يبلى دون الاخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شرا الثياب بدراهم
اليتيم جايز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا بانه ليس القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد
عيبا في التصرفات وتعرفت هذه الماخذ اي العلل التي هي مناط الحكم وما ذكره اولا بقوله لانها
حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل
الاعيان الى اخره في المختلف يعني في مختلف ابي الليث **وقوله** ولا نسلم انها متقومة في ذاتها
لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة عند
ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه الا ان اي لكن ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزا العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة شرع في غصب ما لا

يتقوم

يتقوم باعتبار عرضه الذي يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه تقومه او بتغيره في نفسه
الى التقوم **قال** رحمه الله وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره هذه المسئلة على اربعة اوجه
اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي
ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الاخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومها في حق المسلم بالاتفاق
فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلم
ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان
اي ما لخمرية ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا ادل على
ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سال عماله ماذا تصنعون بما تمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها
لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من ثمنها ولم ينقل ذلك الا لانهم يدينون بذلك ونحن امرنا ان نتركهم
وما يدينون يعني لا نجادلهم على الترك والسيف موضوع يعني لا نجبرهم على الترك بالالزام بالسيف
لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على ترك الذين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مال
مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنته التي هي
امراته فانها لا تستحق بالزوجية شيا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب
توريث المراة من زوجها في جميع الاديان اذ لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما
يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من
بيان **وقوله** بخلاف الميتة والدم جواب المقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب
لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتمولهما الا انه لا يخفى ان الخمر وان كانت مثلية ويتملكها ضمن
في الكتاب تناول الشراب والمذكور لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل
الذمة لانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها الا ان جوز بينهم اسبابا جعل لهم التمليك والتملك
وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها ونسله **قوله** وهذا بخلاف الربوا استثنا من
بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كما اصله الا ولى الا انه يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم
وما يدينون الى اخره لا اساق وما بعده من العطف صفة **وقوله** لانه مستثنى عن
عقودهم يعني بعهدهم للجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه
عهد وذلك لانه فسق منهم لانه ثبت حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى واخذهم
الربا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيا وان كان
اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي
رحمه الله ووجه الجواب انا ما ضمنا لهم ترك التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اي
في ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا
التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض له
استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي والنصراني مقر عليه لكنه بخلاف
الارتداد **وقوله** بخلاف متروك التسمية يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما
يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب
علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق
الاولى وحينئذ وجب ان نقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عا

لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة
والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه
ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل
الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى لعلى ما قررتم والجواب
ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف
في حق المجتهدين **قال** رحمه الله فان غصب من مسلم خمرا فخللها وجلد ميتة فدبغه فكل منهما على
وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكون بخلط شيء وبماله قيمة اولا فان خلل بغير شيء بالنقل من
الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغ بالفرط بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان
يكون الخل والجلد باقيين اولى فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد
الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما
وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسلمين ما ذكر في الكتاب
وهو ظاهر وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة
وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه وانه هكذا في نسخ بلا خلاف عليه بالاجماع والمجمع عليه لا
يحتاج الى دليل الا انه دليله الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ان يضمن بلا وجه لضمان قيمته
يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف
بالتعدي والفرض عدمه و**قوله** اما الخل فلان الصورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد
فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله
فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه وعن ابي يوسف ان له
ان ياخذه في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على مالكه وهو مال متقوم فلما استهلكه
يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة
يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه **قوله** ولانه واجب الرد دليل اخر وتقريره ان الجلد
لو كان باقيا فانما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن
بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام
فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير قولهما يعطى ما زاد الدباغ محمول على الخلاف
الجنس يعني ان القاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب لقيمته ويأخذ
ما زاد الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي
لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفة رحمه الله لا نسلم ان الجلد مال متقوم
بنفسه وانما حصل له التقوم لصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما
فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد
تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذلك التابع
لئلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار
ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك
والاستهلاك **قوله** بخلاف الرد جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره ان وجوب
الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق المالك لثبوته قبلها
والملك متقوما والحاصل ان الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة

فكذا

فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والاصل فيه الجلد لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة و**قوله**
بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما اذا غصب ثوبا والجم الذكي استظهارا لان التقوم
فيهما اي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب
الضمان ولو كان الجلد قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه اي الذي كان الدباغ
فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بلا خلاف لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك و**قوله** لانه اذا
تركه دليل ان في المسئلة خلافا والدليل المخالف للقيل وجه ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب
وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه انفا وفيه نظر لان
العجز في الاستهلاك لا من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم
من جواز التضمين في صورة تعدي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلفا في كيفية الضمان
على قولهما قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك
وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير خلط شيء واما اذا دبغه
بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك
ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه
فكانت المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك ولختلف قوله في كيفية الضمان فقيل
ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر
واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند ابي حنيفة
رحمه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد و**قوله** قالوا يشير الى
ان ثمة قولا اخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه
ظاهر سوى الفاظ يشير اليها **قوله** فهو على ما قيل وقيل يكون قيل اشارة الى القولين
المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله وهو ما كان قائما فاراد المالك ان قال وقيل
ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة و**قوله** وهو على اصله ليس باستهلاك اي
اصل محمد انه اصله وهو قول ابي يوسف ايضا ان خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما
وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف نفسه وغيره فيضمن مثل خله
المغصوب منه و**قوله** هو للغاصب في الوجهين يعني ما اذا صار خلا من ساعته او بعد
زمان و**قوله** اجري جواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان
ياخذ الخل بغير شيء ومعناه ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم
وبعضهم اجروه على اطلاقه وقالوا للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شيء
والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما
قال رحمه الله ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا
وهو آلة من الآلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة و**قوله** اهراق له سكرا اي صبه
يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء واهراق يهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة
وفي الثاني زيادة وكلامه الى اخره ظاهر لا يحتاج الى الشرح والله اعلم بالصواب

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال الغير بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها

لك

عليه لكونها مشروعة دونه لكن يوقف الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من
الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه وسببها اتصال
ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت
بها لما فيها من ضم المشتراه الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تمليك المرء ما اتصل بعقاره
من العقار على المشتري بشركة او جوار **قوله** رحمه الله الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة
اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي الشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق
قال المصنف رحمه الله افاد هذا اللفظ حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب والدليل
على الاول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة للشريك لم يقاسم اي تثبت الشفعة
للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها
فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة وقوله صلى الله عليه
وسلم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار
الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا **قوله** ينتظر له وان كان غائبا يعني
على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه قيل معناه احق به عوضا عليه
للبيع الا ترى انه فسد الحق بالانتظار اذا كان غائبا واجيب بانه صلى الله عليه وسلم
جعله احق على الاطلاق قبل البيع وبعده و**قوله** ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق وهو كونه
على شفعته مدة الغيبة وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله
ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة
للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعي رحمه الله لا
شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الائمة من
قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة
فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة
على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة
فيه **قوله** ولان حق الشفعة دليله معقول وتقديره ان حق الشفعة معدول به عن
سنن القياس لما فيه من تمليك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا
لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا اصلا ودلالة اذا لم يكن في معناه
من كل وجه وهذا اي الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها
فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي يلزمه و**قوله** في الاصل فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه
في الفرع وهو المقسوم ويفهم من جملة كلامه ان نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي
الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام ولنا ما روينا
من الاحاديث من قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال
حديث حسن صحيح وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه رواه البخاري وابو داود ولان
ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار وهو ظاهر لانه المفروض وقوله
تابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية و**قوله** وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه
لا قرار له لوجوب النقض رفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة

بالمال

بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعول له مهرا اعتبارا اي الحاقا بالدلالة بمورد الشرع
وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه اذ الاتصال على هذه الصفة
يعني اتصال التابيد والقرار انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة
المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار
وقطع هذه المادة بتمليك الاصيل يعني الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة ابائه
اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من الرفع **قوله** وضرر
القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق حق
الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم ياخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري
بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر
عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره وهو التملك على المشتري
من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض اجاب بعضهم
بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عدا
وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم
الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق
واحدا تجب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى
المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة اولى فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم حق
الشفعة فيها والدليل على الثاني اعني على الترتيب قوله صلى الله عليه وسلم الشريك احق من الخليط
والخليط احق من الشفيع قال المصنف رحمه الله فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق
المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله ولان
الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولا ان ضرر القسمة يعني به ذكرنا
ان دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق **قال** رحمه الله وليس للشريك
في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب تبين ان المتاخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر
الرواية فان سلم فللمتاخر ان ياخذ بالسبب لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق
التقدم لكن من شرطه ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا لم يعلم بالبيع ليتمكنه الا
اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وابو يوسف رحمه الله في
غير الظاهر جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذا بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون
في بعض منها كما في منزل معين في الدار مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة
للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه
الله لان اتصاله اقوى لان المنزل في حقوق الدار ومرافقه وهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر
مع كل حق هو لها والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البايع والشفيع وذلك
في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه والجار سواء في
بقية الدار ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختار
من بين التفاسير المذكورة لهم والقراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا اساس
شجر وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله
لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور واصل ذلك ان استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا

فلا ونفذ نقد محو ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير
يوخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة غير نافذة
يتشعب منها سكة غير نافذة الى اخره نال استحقاق الشفعة هناك باعتبار جوار الطريق فلذلك
قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل
النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئله صاحب الجدول
وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار قال رحمه
الله واذا اجتمع شفعا فالشفعة على عدد روسهم خلافا للشافعي رحمه الله فاذا كان دار بين
ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب
الشريكان الشفعة قضي بذلك سهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله اثلاثا
بقدر ملكيهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر
بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمر ولنا انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال
سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فانى يتساويان اجيب بقوله وكثرة الاتصال
يوذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق
الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها حيث
يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيا لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح
وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد يستلزم ما لا يستلزمه الافراد فيجوز ان يكون صاحب
القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق
جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا يستلزم
ذلك او التي لم يجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين
مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس
بصحيح الا ترى ان الشاهدين والاربعة سواء ولم يستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة
الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان انضما كلاهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة
وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان قوله وتملك
ملك غيره جواب عن جعلهم الشفعة من ثمرات الملك يعني ان التمكن من التملك لا يجعل الشفعة
من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه قوله
ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعا واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما ان يكون
قبل القضاء له بحقه او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عدد رؤسهم دون
انصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة
وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غايبا يقضى بها بين الحاضرين على عدد رؤسهم لان الغايب
لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضي للحاضر
بالجميع ثم حضر اخر وطلبها يقضى له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهم تحقيقا
للتسوية وان كان بعد القضاء له بحقه فليس للاخر ان ياخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما
صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضي به لصاحبه والمقضي عليه في قضية

لا يصير

لا يصير مقضيا عليه له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها او تفاوتا بان يكون بعضهم
اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف
وهو مسئلة الكتاب لان قضا القاضي ابطل للحاضر قطع حق الغايب عن النصف بخلاف
ما قبل القضاء لقضا قال رحمه الله والشفعة تجب بعقد البيع قال في المختصر
والشفعة تجب بعقد البيع وهو يوهم ان الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك
لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق
وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ رحمهم الله لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن
الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البايع على الشفيع
ولهذا افتا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار المتحقق ذلك ورد بانه لو كان السبب
لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا ترى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود
سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار
لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كالزكاة قبل الحول واسقاط
الدين الموجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في
شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد قوله والوجه فيه اي
في هذا التاويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع في ملك الدار ورغبته عنه امر خفي
لا يطلع عليه وله دليل ظاهر يعرف به وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان الاتصال
بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل ان البيع
اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البايع به صح له ان ياخذه وان كذبه المشتري وينتقض بما
اذا باع بشرط الخيار له او وهب او سلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع حق
الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبايع بخلاف الاقرار بانه خبر
به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب
المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال رحمه الله ويستقر
بالاشهاد للشفعة احوال الاستحقاق وهو بالاتصال بالمالك بشرط البيع كما تقدم واستقرار
وهو بالاشهاد وهو بعد الطلب ولا بد من طلب المواثبة اي من طلب الشفعة على
المسارعة فضي في الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه اي لان الشفعة ذكر الضمير
نظرا الى الحق حق يبطل بالاعراض بقوله عليه السلام الشفعة كحل العقال ان قيده ها ثبت
وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من طلبه ليدل على انه اعرض عنه او دام
عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي
ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي
ودليله المذكور ظاهر قوله ونظهر فايدة هذا اي توقف الملك في الدار المشفوعة
بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصورة
الاولى يعني اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله في الثانية يعني
اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني
اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها
وقوله ثم تجب بعقد البيع يعني قول القدوري رحمه الله والله اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما ثبتت الشفعة بعد ولد الطلب شرع في بيانه وتبيينه وتقسيمه قال رحمه الله
واذا علم الشفيع بالبيع كلامه لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ نبه عليها طلب المواثبة تسمى به
تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه الشرع الشريف والمبادرة اي
وهو ان طلبها كما علم من غير توقف سواء كان عنده انسان او لم يكن قوله
اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف و قوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما
هو لنفي التجاحد يعني بما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وحقيقة ان طلب المواثبة
ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط
و قوله كل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل لو قيل للغزوي
بيع ارض بجنب ارضك فقال شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا ومن الناس من قال
اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء
فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لانه انه شاعر فيها ومنهم من قال لو قال اطلب واخذ
بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المصنف قوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد
ذكرناه اشارة الى ما ذكره في اخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي
واراد باخوانه المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وقوله
بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده اي عند ابي حنيفة يعني ان المراة اذا اخبرت بان زوجها
خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر او غيره فان اختارت نفسها في مجلسها
وقع الطلاق والا فلا لما ذكرناه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احد شطري الشهادة
و قوله او على المبتاع يعني المشتري او عند العقار قال شيخ الاسلام الشفيع انما
يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة
بان سمع الشرا حال غيبته عن المشتري والبائع والدار اما اذا سمع الشرا بحضرة احد هولا
فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك
الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا
ولم تبطل استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في مصر
والاخران في مصر اخر او في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا
واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقيدة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة احد هولا
حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته قوله ولا يسقط بتاخير هذا الطلب يريد
به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما المعنى اذا تركها من غير عذر لانهم
اجمعوا على انه اذا تركه بمرض او حبس او غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا
تبطل شفعته وان طالت المدة قوله وما ذكر من الفرق جواب عن قول محمد يعني
ان الشفيع اذا كان غايبا لم تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق
في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غايب لا يبطل
وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة ان الشفيع اذا كان غايبا فعلم بالشرا فانه ينبغي
ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري او البايع او الدار
المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى احد هذه الاشيا قبل

ان يطلب هذا الطلب او ان يبعث من يطلب فلا شفعة له قال رحمه الله واذا تقدم
الشفيع الى القاضي هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر
قوله لاختلاف اسبابها لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو
محجوب بغيره او لا وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان
اقرب بابا فلا بد من البيان و قوله ثم دعواه قيل لم يتم بعد بل لا بد وان يساله فيقول
هل قبض المشتري المبيع او لا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البايع
ثم يساله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشرى وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان
المدة طالت او لا فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت
الى دعواه وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة
في عدم البطلان بالتاخير و قيل ثم بعد ذلك ساله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين
علمت او اخبرت من غير لبث ساله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير ساله عن
المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى
عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل يحتمل
ان يكون يده ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد تورد دعواه
وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع
به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد
غيره فان نكل ثبتت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسال الحاكم المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان اقر
بذلك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها استحلف المشتري على انه ما
اشتراه او ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكر فهذا على الحاصل والاول على السبب ه
وذكرنا الاختلاف فيه بين يديه ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال
رحمه الله وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المصنف وهذا ظاهر
رواية الاصل ولم ينقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على
ان القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى
يستوفي الثمن او من ورثته ان مات وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضا على احضاره
حتى لا يتوى مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع البايع ان البايع ازال المبيع عن ملكه
قبل وصول الثمن اليه فقد اضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشتري وانما ينظر
له باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليكون الاضرار
بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها فيدفع الضرر عن نفسه وانما يجوز
للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة
اذا ماطل في دفع الثمن وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضا ولهذا لا يشترط ه
تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضا بها ليتمكن المشتري من
المطالبة واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضا نافذا
عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو اخر اداء الثمن

بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي **قوله** رحمه الله وان احضر الشفيع البائع والاحضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة له اي معتبرة كيد الملاك ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا ان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضرة منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى اما كونه خصما فقد بيناه واما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في احداهما مع البائع وتفرد بالاخرى اما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق له ملك ولا يد واما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لان تقرر البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشرى وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى اصل البيع اعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرنا لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البائع وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سياتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على ان البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك والجواب ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما تعين في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل **قوله** فلهذا اي فلتحول الصفقة اليه يرجع بالعهدة على البائع لانه بائع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذ الشفيع من يده حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض **قال** رحمه الله ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم المشتري اذا كان وكيلا فاما ان سلم المبيع الى موكله قبل الخصومة او لا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والعاقد متوجه عليه حقوق العهدة والاخذ بالشفعة من حقوقه وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم

فكذا

فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشرى كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم واجاب المصنف رحمه الله بقوله الا انه مع ذلك قام مقام الموكل لكونه نائبا عنه فيكتفي بحضوره والبائع ثمه ليس بنائب عن المشتري ومن يعني يكون الخصم للشفعة هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي يبيع التركة اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم و**قوله** اذ اقضى للشفيع بالدار الى اخره ظاهر وقد ذكرناه ايضا

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بين اذ انه **قال** رحمه الله وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار باقل الثمن والمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيير الشفيع بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجز عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد به نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وان اقام البينة فهي للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هي للمشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشرى مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى العبد ثم اذا اختلفا في ثمن العبد انها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى بالفين على ما تشهد عليه البينتان وفسخ احدهما بالاخر لا يظهر في حق الشفيع لتاكيد حقه فجاز ان يجعلا موجودين في حقه وله ان ياخذ باتهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول بالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى اكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار اي بحيث ما يوجبه السببان فكان للموكل ان ياخذ بايهما شاء واما المشتري من العبد فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف ولئن سلمنا ان البينة للمشتري فذاك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يفسخ البيع الثاني هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة ابي حنيفة في هذه المسئلة حكاها محمد رحمه الله واخذ بها و**قوله** ولان بينة الشفيع ملزمة لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء او ابى والملزم منها اولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يخير بين الاخذ والترك وغير الملزم منها في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة اخرى له حكاها ابو يوسف ولم ياخذها وعلى هذه

وتحت التفرقة بينهما وبين بيعه البائع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحد منهما ملزمة
فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة ورجحانية المولى لعدم كونها ملزمة على سيد المشتري من العدو
لانها غير ملزمة **قال** رحمه الله واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه اذا اختلف
البائع والمشتري في الثمن فاما ان يكون مقبوضا او غير مقبوض او يكون القبض غير ظاهر
بمعنى غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما ان يدعي البائع اقل او اكثر فان كان اقل اخذه
الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح و**قوله** ولان
التملك وجه اخر وهو ان التملك على البائع بايجابه لم ينتقل بعد لانه لو صح لا يثبت للشفيع شيء الا ترى انه
لو اقر بالبيع وانكر المشتري ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان اكثر
وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فاخذها
الشفيع بذلك وان تحالفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان
فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين
لا مبطلا لحقوقهم وان كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى
قول البائع لما ذكر في الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البائع
بالقبض اولا فان كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير
مقبوض وان كان الاول والفرض ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البائع والدار في يد
المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما لو
قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البائع اي بالالف لانه اذا
بدا بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت
الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى اجنبيا
من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب ان ياخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم
انفا ان الثمن اذا كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه
قبضت وان كان الثاني كما اذا قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله وياخذها
بما قال المشتري لانه بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبيا وسقط اعتبار
قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة ان المبيع اذا كان في يد البائع فاقر بقبض
الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهذا ظاهر
لانه لا يصير اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا والله اعلم بالصواب

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ
به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع **قال** رحمه الله واذا حط البائع
عن المشتري حط بعض الثمن والزيادة تستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة
ليس في التزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق
ثبت للشفيع بالاقل منها وعلى هذا التخريج ما ذكر في الكتاب ان البائع اذا حط عن المشتري بعض
الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض ملتحق باصل
العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما ياخذ بالثمن والثمن ما بقي واذا حط جميعه بعد ما اخذ الشفيع
على المشتري بذلك القدر بطل لان حط الكل لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضعه

وقد

وقد بيناه في البيوع في فصل الربا وباقي كلامه ظاهر **قوله** ومن اشترى دارا بعرض
اي متاع من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال
وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان
له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة و**قوله** بالقدر الممكن يشير
الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا ترى
ان الشفيع لو سلم شفعته في الدار على ان ياخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعته
الجميع لكون قيمة البيت ما يعرف بالحزر والظن ووجهه ان مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا
بخلاف البيت فان اخذه بثمن معلوم ممكن وكانت الجهالة مانعة و**قوله** وان باع عقارا
بعقار ظاهر ووجهه مما تقدم واذا باع بثمن مؤجل الى اجل معلوم فللشفيع الخيار ان شاء اخذها
بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما
لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه وليس له ان ياخذها في الحال بثمن
مؤجل عندنا وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله القديم لان الاجل وصف
في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به اي بالثمن فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف
ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع فلا اجل فيما بين
الشفيع وبينهما و**قوله** وليس الرضا دليل اخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها
مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع
لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم وقابل الانه بقوله لما كان
الرضا شرطا وجب ان لا يثبت في حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت
بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة
في ثبوت الاجل و**قوله** وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قول زفر رحمه الله ووجهه ان وصف
الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن حق البائع و**قوله** وصار كما اذا
اشترى شيئا ظاهر و**قوله** لما بينا اشارة الى قوله لامتناع تعجيل المشتري بالاخذ بالشفعة
وهو يوجب الفسخ الى اخر ما ذكره في اواخر باب طلب الشفعة و**قوله** وان اخذها من
المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الى اخره يوهم ان الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب
بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن بتحول ما كان
مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه بحاله و**قوله** والاختيار الاخر
ظاهر و**قوله** لقول ابي يوسف الاخر احتراز عن قوله الاول روى ابن ابي مالك ان ابا يوسف
كان يقول اولا كقولهما ثم رجع وقال له ان ياخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال
لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد
الاخذ بعد حلول الاجل او بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فكان
سكوته لعدم الفائدة في الطلب لا اعراضا عن الاخذ وقوله قولهما و**قوله** اولا ما ذكر
في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع اي عند العلم به والشرط ان
الطلب عند ثبوت حق الشفعة وحق ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق
الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه يتراخى
عن الطلب فيجوز ان يتأخر الى انقضاء الاجل و**قوله** وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن

قول ابي يوسف الاخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن
من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يودي الثمن حالا **قال** رحمه الله واذا اشترى ذمي
دارا بخمر او خنزير واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر
وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر و **قوله** وشفيعها ذمي احترازا عما اذا كان مسلما فانه لا شفعة
له سوا قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لم تورث وان كان شفيعها
مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المصنف اما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم
واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعتبر العاشر في قيمته كما تقدم
في باب من يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان
ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما انا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير
الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين وان وقع الاختلاف في ذلك فالقول
فيه قول المشتري فيه مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اسلم احد المتبايعين
والخمر غير مقبوضه انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر فكان
البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع
وقد كان صحيحا وبقاوه ليس بشرط لبقا الشفعة وباقي كلامه ظاهر والله اعلم

فصل

الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه
او بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتاخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم
اخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شا اخذ الارض بالثمن الذي اشترى به المشتري
وقيمة البنا والغرس وان شا كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع
ويخير بين ان ياخذ الثمن وقيمة البنا والغرس وبين ان يتركه وهو احد قولي الشافعي وله قول
اخر وهو له ان يقلع ويعطي قيمة البنا والغرس ولابي يوسف رحمه الله انه محق في البنا لانه بناه على
انه ملكه والمحق في الشي لا يكلف قلعه لان التكلف بالقلع من احكام العدوان واستوضح ذلك
بالموهوب له فانه اذا بنى ليس له ان يكلف القلع ويرجع في الارض وبالمشتري شرا فاسدا اذا بنى
وبالمشتري اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا اي ما قلنا
انه لا يكلف لانه في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين عن المشتري وهو القلع من غير
عوض يقابله بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البنا الموجود ما يقابلها وهو البنا
والغرس فيجب المصير اليه ووجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى في محل تعلق به حق متاكد
للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط من جهة من له الحق وكل من بنى في ذلك
نقض بناوه كالراهن اذا بنى في المرهون و **قوله** من غير تسليط من جهة من له
الحق احترازا عن الموهوب له والمشتري بالشرا الفاسد فان بناهما حصل بتسليط الواهب
والبايع وهذا اي نقض البنا لحق الشفيع ان حقه اقوى من حق المشتري ويجوز ان يكون
هذا بيانا لكون حق الشفيع متاكدا لانه اي الشفيع يتقدم عليه اي على المشتري ولهذا
ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كالاجارة وجعله مسجدا او مقبرة فكذلك ينقض
تصرفاته غرسا وبنا بخلاف الهبة متصلا بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان
فيها تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشرا الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله
عن ابي حنيفة رحمه الله لان عندهما لا استرداد للبايع في الشرا الفاسد اذا بنى المشتري

في المشتري انما هو قوله واما عندهما فلان الاسترداد بعد البنا كالشفيع في ظاهر الرواية فقوله
ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل فيهما اي في الهبة والبيع الفاسد ضعيف
ولهذا لا يبقى بعد البنا وهذا الحق اي حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع
لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البنا في البيع الفاسد انما لا يبقى
على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر
الرواية او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر خلافهما و **قوله** فلا معنى لايجاب القيمة
راجع الى اول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان
الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري كان بنى او غرس ثم استحق يرجع المشتري بالثمن لا بقيمة
البنا والغرس على البايع دون المستحق فكذلك هاهنا و **قوله** والزرع يقلع جواب
عن قوله وكما اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لانه في الايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان قوله
وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين انما يكون
بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بنا المشتري في الدار
المشفوعة وصبغها بان اشترى ثوبا فصبغه ثم استحق فان الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ وبين
ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقل لا يتضرر به
المشتري كثير السلامة النقض له بخلاف الصبغ و **قوله** من اخذه بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه
التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شا كلف القلع وان شا اخذ بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذ
بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحقت
الارض رجع بالثمن لا غير اخذه من البايع او المشتري لانه تبين انه اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف
انه يرجع بقيمة البنا والغرس ايضا لانه متملك على المشتري فنزل منزلة البايع والمشتري ثم المشتري في
صورة الاستحقاق يرجع على البايع بالثمن وقيمة البنا فكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية
ما ذكره ان المشتري مغرور ومسلط على البنا والغرس من جهة البيع ولا تسليط في حق الشفيع لانه
المشتري لانه مجبور عليه **قال** رحمه الله واذا انهدمت الدار كلامه ظاهر والتامل فيه يرشد
الى ان قول من قال انهم يعني ائمتنا زعموا ان البنا اذا احترق لم يسقط شي من الثمن عن الشفيع واذا غرق
بعض الارض يسقط حصته من الثمن وكانهم اعتبروا فعل الماء والنار يتسع القلة التامل فان منشا
الفرق ليس فعل الماء وانما منشاه ان البنا وصف والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن اذا فاتت من غير صنع احد
واما بعض الارض فليس توصيف لبعض اخر فلا بد من اسقاط حصته ما غرق من الثمن وتده في البيوع ده
وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تابعا فيبقى منقولا ولا شفعة فيه و **قوله**
ومن اتباع ارضا ظاهر وهي ما كان مركبا فيه يعني مثل الابواب والسرر المركبة و **قوله** على ما عرف في ولد
المبيع يعني الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد اي كسبيل
حكم الاصل التبع حتى يكون الولد ملك المشتري كالام و **قوله** في الفصلين يريد به ما اذا كان
في النخل ثمر وقطع المشتري ثم جذ المشتري وما اذا لم يكن ثم اثمر ثم جذه ثم جا الشفيع لاتحاد العلة
وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زال و **قوله** في الكتاب يعني مختصر القدوري والله اعلم

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال **قال**
رحمه الله الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل من دار او

ضيعة وان كان مما لا ينقسم اي لا يحتمل قسمة كالحمام والرحي وانما يوخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق التبعية فلا يوخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحي بيت الرحي والربع الدار والحايط البستان واصله ما احاط به والحسب بسكون السين وفتحها في معني القدر واختار الجوهري الفتح وقال الاغابيسكن في ضرورة الشعر و **قوله** اذا لم يكن طريق العلو فيه لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان الاستحقاق فيها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما علي الجار والمسلم والذمي فيها سواء وقال ابن ابي ليلي الشفعة حق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجار وذلك يقتضي الاستوا في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثي والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال فيتضرر في المال ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا فاذا كان البايع غير المولي فللعبد الماذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولي فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا وشرا العبد المديون من المولي جايز ولغيره **قال** رحمه الله واذا ملك العقار بعوض هو مال لما تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها ان يتملك بعوض هو مال لان مراعات شرط الشرع وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم علي من في نصل ما يوخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا لان الشرع قدم الشفيع علي المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشا سبب اخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه لاخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي يملك به المتملك وعلي هذا لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة عليها او يستاجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد وحانوت او يصالح بها عن دم العمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة لا يقدر علي تمليك هذه الاشيا للمشتري حتي يتحقق تملك بمثل ما ملكه به وكان تعريج هذه المسايل علي الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع الي اخره كافيا ولانه استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الي اخره استظهارا وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق والتعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا و **قوله** اي قول الشافعي ياتي فيما اذا اجعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه اي ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة عنده الا في حيث لا يري شفعة الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام **قوله** ونحن نقول جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما مطلقا او ضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة **قوله** وكذا الدم والعتق غير متقوم انما افرد هما لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بما لين فصلا عن التقوم واسند ذلك بان القيمة ما تقوم مقام غيرها في المعني الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا لغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعني الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة والدم ليس الا حق الاستيفا وليسا في جنس ما يتمول به ويدخر و **قوله** وعلي هذا البيان ان العوض عند العقد وبعده سوا في كونهما مقابلا بالبعض بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمي فان فيها الشفعة لانه مبادلة المال بالمال لو اعترض بان البيع بمهر المثل فاسد للجهالة ولا شفعة في الشرا الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالة في الساقط لا يفضي الي المنازعة والمفسدة ما افضت اليها ولو تزوجها علي دار علي ان يرد عليه

الفا لا شفعة في جميع الدار اي في شي منها وقالا يجب في حصة الالف تقسم قيمة الدار علي مهر المثل والف درهم لانه مبادلة مالية في حقه اي في حق ما يخص الالف وابو حنيفة رحمه الله يقول معني البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولو كان البيع اصلا لفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف علي ان تزوجني نفسك و **قوله** ولان الشفعة دليل اخر وفيه اشارة الي دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة بالمالية واما ان تكون هي المقصودة فممنوع ووجهه ان كونها مقصودة لا بد منه الا تري ان المضارب اذا كان راس ماله الفا فاشتري بالالف دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين ثم ان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لراس المال وليس في مقابلته راس المال الشفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال فان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل علي ما يجي كذلك في حصة الربح وهو البيع **قال** رحمه الله او يصالح عليها بانكار عطف علي العقد وري رحمه الله في **قوله** او يصالح عليها بانكار علي قوله او يعتق عليها عبد امن الصور التي لا يجب عليها فيها الشفعة وليس بصحيح للعطف عليها كما وقع في اكثر النسخ نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر و **قوله** اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه كان اخذا لحقه فليس فيه معارضة فلا تجب الشفعة **قوله** ولا شفعة في هبة لما ذكرنا في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا الا ان يكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض فانه اذا وهب دار الرجل علي ان يهب له الاخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا لانه هبة ابتدا وقد قررنا في كتاب الهبة بشرط العوض بيع ابتدا ومعاوضة انتها بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض لان كل العوض دار لان كل واحد منهما هبة مطلقة عن العوض الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبايع لانه يمنع زوال الملك عن البايع وبقاحق البايع يمنع عن الشفعة كما في البيع الفاسد فلان يمنع بقا ملكه كان اولي فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك و **قوله** في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب **قوله** وان اشتري بشرط الخيار ظاهر و **قوله** علي ما مر اشارة الي قوله من قبل وتجب بعقد البيع الي ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار الي اخره **قوله** وان اخذها اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين عن البايع والمشتري فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقا ملكه في التي يشفع لها فان اخذها بالشفعة كان نقضا للبيعة لانه قرر ملكه واقدام البايع علي ما يقرر ملكه في مدة الخيار ينقض البيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتي يستحق زوايدها المتصلة والمنفصلة والتي ثبتت له اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال وهو ما ذكره في المبسوط ان من اصل ابي حنيفة ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خيار الشرط والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان متناقضا و **قوله** اوضحناه في البيوع قال في النهاية

هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا
على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى اخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة
كانت في حق السوال كذلك لان الجواب يتضمن السوال وقيل لم ينقل في بيوع هذا الكتاب
فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهى ولو كان الخيار لما لم يثبت الشفعة لا باجبار البايع
ولا باجبار المشتري **قوله** واذا اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب
الدار المشتراه كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البايع
و **قوله** بخلاف ما اذا اشتراها ولم يره ظاهر و **قوله** بخلاف اذا احضر شفيع الدار الاولى
يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان ياخذها دون الثانية وهي التي
اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى وحين بيعت الثانية **وقوله**
رحمه الله ومن ابتاع دارا شرا فاسدا اول كلامه واوضح في قوله ومن ابتاع دارا شرا فاسدا
تلوح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتدا لان الفساد اذا كان بعد
انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر
فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق
الشفيع باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا **قوله** وفي اثباته حق الشفعة تقرير
الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لا يجوز ان لا يثبت
المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط
الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد لتصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد واجيب
بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض لفساده اما بالشرط في حقه او لفساده في نفسه
كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساده فيه رجع البيع بلا عوض وهو فاسد وما يلزم من فرض
عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسده واما البيع الصحيح
فيمكن وجوده بلا اشتراط خيار و **قوله** بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح جواب
عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار للمشتري قايم ولم يمنع حق الشفعة ه
وتقرير الجواب ان المشتري ذلك صار اخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة
وذلك يوجب حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وفي الفاسد
المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار المشتري
يملك التصرف في الحال على وجه يزيل يوجب لاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملكه لانه
ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم انه ممنوع عن التصرف بل له ان يبيع بيعا
صحيحا ولا يبقى لبايعه حق البعض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لا نسلم
له ذلك بل هو منتهى وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطي في حالة الحيض فانه يحل المراة
على زوجها الاول وتقرير الفساد المامور بنقضه من الشرع وارى ان قوله
وحق الفسخ ثابت في الشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا
وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لرفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان
ثابتا بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد لكنه اتى بالسوال والجواب اشارة الى ان الشفعة
يستحق على المالك ملكا غير محظور وعلى من صار احق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار ان لم
يكن مالكا فهو احق بالتصرف والمشتري شرا فاسدا ليس منهما فانه يسقط الفسخ بالزيادة

في البيع

في البيع كالبنا والغرس عن ابي حنيفة وبالبيع من الآخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع
وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد فللبايع الشفعة لبقا ملكه وان سلمها الى
المشتري فهو اي المشتري شفيعها لان الملك له لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث
اخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراه بالشرا الفاسد لانا نقول للمشتري بعد
اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتري شرا فاسدا مع عدم الفساد في
التي اخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبت الشفعة ثمه لا ينقل الشرا الفاسد
من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل الملك وان
كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقا حق البايع في
استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراه شرا فاسدا فان بقي ذلك منع الشفيع
عن اخذ المشتراه بالشرا الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع عن
الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا
بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن بمجرد بقا حق البايع في
الاسترداد مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما
اشتراه شرا فاسدا ثم ان سلم البايع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري قبل الحكم له
بالشفعة للبايع بطلت الشفعة لزوال ما كان يستحقها به كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم
بعده لان بقا ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس بشرط وان استرد
اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة
المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تجب الشفعة للبايع لانه لم يكن
في وقت بيع المشفوع جار وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية لما بينا ان بقا
ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط **قال** رحمه الله واذا
اقتسم الشركا العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة واذا اقتسم الشركا العقار فلا
شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه جبر القاضي
والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت للقاسم لكونه جارا بعد
الافراز وهو متعذر واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري
بخيار رويه او خيار شرط او بعيب بقضا قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه
فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعني فيما اذا كان الرد بالعيب بين القبض وعدمه
واما اذا ردها بعيب بغير قضا فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان الاول
فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه او قضا القاضي
وان كان الثاني وهو مراد القدوري الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال
الشارحون **قوله** ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضا قاض الرد
بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه مناقض قوله هنالك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه
وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما فاما رواية
الكتب فمعناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار روية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل
واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومعناها ولا شفعة
ولا خيار روية في القسمة لانه لو رده بخيار الروية وهو متمكن من طلب القسمة في سا

لع

بلا مع

دها

لوجبت

عنه

لو يكن في الرد فايدة وفيه نظر سبحانه وانكر فخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد لان الرد فيه يحار الروية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون غير ما وقع في الاولى او مثله ولا فايدة فيه اما اذا كان عقارا او غنما فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا والله اعلم بالصواب

باب ما يبطل به الشفعة

تاخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجهه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق **قوله** واذا ترك الشفيع شفيع الاشهاد حين علم يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسر بذلك كيلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعضد قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة و**قوله** ههنا الاعراض عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه في ما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الا انه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملايم وهو ان تعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملايم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملايم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه كذلك كاخذ العوض فهو غير ملايم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط وبطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لو ثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال و**قوله** على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة فان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان الحصة مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض **قوله** وكذا لو باع شفعته يعني ايضا تبطل لما بينا ان حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص بانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فانه نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة

في حقه

في حقه فكان حقا متقررا في المحل بخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملكه في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت فان المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان اخذ العوض اكلا للمال بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في هذا اي في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابي حفص رحمه الله وقيل وعليه الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان رحمه الله لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا يسقط بالسكوت وتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به **وقيل** هذه الرواية اي رواية ابي سليمان في الكفالة ان يكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال **وقيل** هي اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال ولا يجب المال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في موضعه اي في المبسوط **قال** رحمه الله واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان ياخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي رحمه الله الاول كالثاني بناء على اصله ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكونه خليفته ولنا ان الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاوه الى وقت القضاء وهذا لان زواله باختياره بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط فان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته اي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشتري في حياته لا يقال البيع القاضي حكم منه كيف ينقض لانه قضاؤه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل القضاء بها فاما ان يكون البيع باتا او بالخيار فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا اي ولان زوال السبب مبطل يزول به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا اسلم صريحا او ابرأ عن الدين ولا يعلم ان الدين عليه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري او استاجرها منه فان علم بالشراء اسقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم وانما يسقط بها لدلالتها على رضى الشفيع والرضى بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان لم يعلم

واجب بان بقا ما يشفع به لم يوضع للتسليم شرطا الى وقت القضا بالشفعة وانتفا الشرط يستلزم
انتفا المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وانما كان الثاني لم تبطل شفعته لان الجار
يمنع الزوال فبقي الاتصال قال رحمه الله ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة
له ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب المال اذا باع المضارب
دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة ومن اشترى او وكيل المشتري واشترى له
كالوكيل بالشرا فله الشفعة لما ذكر في الكتاب ان الاول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع و
الثاني ليس كذلك لان اخذه بالشفعة كالشرا في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة انما
تبطل بالرغبة عنها وكذلك اي كوكيل البايع لو ضمن المشتري الدرك رجل عن البايع وهو الشفيع فلا
شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان الاخذ به
بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الى الجزء واذا ابلغ الشفيع
انها بيعت بالف فسلم الشفعة فعلم انها بيعت باقل منها او بحنطة او شعير قيمته الف او
اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته اما في الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا
ظهر اقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كانه قال ان سلمت ان كان الثمن الفا اراد انه تسليم
مشروط بشرط فينتفي بانتفا شرطه وفيه نظر سياتي بخلاف ما اذا ظهر اكثر من الالف فان تسليمه مستكثر
الالف اكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه ربما سلم لتعذر الجنس الذي
بلغه وتيسر ما بيع به اذا الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير
مفيد فانه لو كانت قيمتها اقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا وتكلف لذلك كثيرا وهو
يعلم بالاولى فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل كان
اولى وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم انها
بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار كما لو قيل
بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كانت قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر انها
بيعت بقيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا
حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة احدهما
بالاخر متيسر عادة واذا قيل للشفيع المشتري فلان فسلم الشفعة ثم بان انه غيره فله
الشفعة لتفاوت الجوار بالرضى بجوار شخص به لا يكون رضى بجوار غيره قال محمد رحمه
الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها
لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم
الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الا بعد وجوده وهذا
كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبا
لفاسد اولى و قوله في ظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف رحمه
الله على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع وقد يكون حاجته الى
النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع

فصل

لما كانت الشفعة
تسقط في بعض الاحوال علمنا ان الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسدا يتاذى
به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه
وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار و قوله الا ان المشتري في

الثاني شريكا لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشرا الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول
لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار
و قوله فان اراد الحيلة هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة
والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة و قوله الا انه اذا استحقت المشفوعة استثنا من
قوله وهذه اخرى يعني انها حيلة عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر على البايع على ظهور
مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بايع الدار فيتضرر به اي يرجع
مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار و قوله والاوجه الى اخره
تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة الاف درهم يبيعها ثم يقبض تسعة الاف وخمسمائة
ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلا فلو اراد الشفيع ان ياخذها اخذها بعشرين الفا فلا يرغب
في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه
اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي
للمشتري على البايع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف و قوله ولا تكره الحيلة
اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان تكون للرفع بعد الوجوب او للدفع فالاول مثل ان يقول
المشتري للشفيع انا اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم فيسقط به الشفعة وهو
مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد
وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القايل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره
الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكاة والله اعلم بالصواب

ذكر مسايل متفرقة في اخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسايل
الشفعة الا هذه والفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله فيتضرر به اي بتفريق
الصفقة عليه وزيادة الضرر زيادة هو ضرر التشقيص بان اخذ الملك منه ضرر وضرر
التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل لا يشرع على وجه يتضرر
به الدخيل ضررا زايدا و قوله ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع نصيب احد
المشتريين فيما اذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده و قوله هو الصحيح احترازا عما رواه
القدوري قال روي عنهم ان المشتري اذا كانا اثنين لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب
احدهما قبل القبض لان الملك حينئذ يقع على المشتري ويتداخله منه جميع ملكه و قوله
بمنزلة احد المشتريين يعني ان احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه
من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البايع و قوله لان العبرة
في هذا التفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت الصفقة من الابتدا فيما اذا كان المشتري واحدا
والبايع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان ياخذ نصيب
احدهما وان حصل للمشتري ضرر بعيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك واما بيان
تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع ومن اشترى نصف دار غير مقسومة
فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس له ان ينقض القسمة بان
يقول للمشتري ادفع الى البايع حتى اخذ منه سوا كانت القسمة بحكم او بغيره لان القسمة من
تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض

البيع بعد الرد الى البايع والكلام فيه فتنع نفوذ العهده على البايع بكذا الا بعض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركه وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يكن من المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان مباد له وللشفيع ان ينقض المباد له كالبيع وغيرها من التصرف كالهبة واطلاق الجواب في الكتاب في الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله والبا في ظاهر قال رحمه الله وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكرنا الحمل والصغير في استحقاق الشفعه كالكبير لاستوايهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده ابو ابيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد هولا فهو على شفعته اذا ادرك فان ترك هولا الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ وعلى خلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة هو على رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قايم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف فيه وفي غيره لكونه نايبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم اصلا **قوله** وهو الصحيح احتراز عما روي ان محمدا مع ابي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابي يوسف لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وفي بعض النسخ كديته والاول يناسب ما نزل به وهو قوله وقوده والثاني رواية المبسوط لانه قال كما لا يملك الابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب ولانه شرع لدفع الضرر وفي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه في معنى التجارة لانه تملك العين بثمن فيملكانه يوضحه انه لو اخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بايعه جاز فكذلك اذا اسلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضحه بقوله الا ترى وهو واضح **قوله** ولانه دابر بين النفع والضرر فيتعين الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به **قوله** وسكوتهما كابطالهما لما كان ما ذكر من الدليل مخصا بالتسليم ارد فه بقوله وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها والغبن اليسير من المتفاوتات بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه محض نظر او قيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح فانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة لا يصح التسليم منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر ايضا لانهما لم يريا تسليمهما اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يريا اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى وانما خص قول ابي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي الاحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى ايضا خص قول ابي يوسف بقوله ولا رواية

عن ابي يوسف لانه كان مع ابي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله اعلم

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من ساح النصيب الشايع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان الاصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة جمع النصيب الشايع في مكان معين وسببها طلب احد الشركا الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنه ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزون والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحايط والحمام وهي مشروعة في الاعيان المشتركه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في المغانم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعري عن معنى المبادله سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو ياخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادله وافرازا والمعنى من الافراز هو ان يقبضه لعين حقه والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت وكان تكلما اخذ احد منهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين ياخذ مثل الحق بيقين بمنزله اخذ العين لا ترى ان اخذ المثل في القرض جعل كاخذ العين فجعل القرض لذلك بمنزله العارية فكان الافراز فيها اظهر لا محاله ولهذا كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبه صاحبه ولو اشترياه واقتسما جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه بنصف الثمن ومعنى المباد له هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبه الاخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة القسمة وتحقيقه ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس بمثل ما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزله اخذ العين حكما ولما استشعر ان يقال لو كان معنى المباد له هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر الابي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت في جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركا لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاه بين الجبر والمباد له لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضا الدين فان المديون يجبر على القضا والديون تقضي بامثالها فصار كانه يودي بدلا عما في ذمته وهذا اجبر في المباد له قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اولى وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص ولا اجبار على غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالغنم والبقر والابل لا يجبر القاضي الابي على قسمتها لتعذر المعادله باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مباد له والتراضي في التجارة شرط بالنص **قال** رحمه الله ينبغي للقاضي ان ينصب قاسما كلامه واضح الا ما ننبه عليه **قوله** لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة لانه متى يصل اليه اجر عمله على كل حال لا يميل باخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه وياخذ على ذلك من المتقاسمين اجر الكل لان الاولى ان لا ياخذ وهذا لان القسمة ليست بقضا على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الابي على القسمة الا ان لها شبها بالقضا من حيث انها تستفاد بولاية القضا فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضا جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضا يستحب ان لا يوخذ **قوله** عدلا مامونا ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير

صح

ظاهر الامانة و **قوله** ولو اصطلحوا اي اقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلا
فهو جايز لما ان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في ساير المعاوضات و **قوله** كاجرة الكيال
والوزان وحفر البير المشتركة يعني اذا استاجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة
على قدر الانصبا وكذلك الوازن والحافر و **قوله** ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت لحقيقته
ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب
الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب
بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصبا ويزداد دقة بقلة الانصبا فلعل تمييز نصيب صاحب
القليل اعسر ويجوز ان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار
الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت
و **قوله** ان لم يكن للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا بكيله ليصير الكيل معلوم القدر
فالاجر بقدر الانصبا وهو العذر لو اطلق ولا ينفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة في الجواب وقال الاجرة
الكيال بقدر عمله سوا كان الكيل للقسمة او لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك
لصاحب الكثير اكثر فكان اصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد ينعكس كما تقدم و **قوله**
ولا ينفصل تاكيد وبيان **قوله** وعنه اي عن ابي حنيفة ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه
ومضرة الممتنع **قوله** رحمه الله واذا حضر الشركا عند القاضي اذا حضر الشركا عند القاضي وفي ايديهم
مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه
او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته
وعدد ورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقسمه باعترافهم وان كان الثاني قسمه بينهم
بالاعتراف وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في
قولهم جميعا لما ان الامتناع عن القسمة انما يكون عن لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه او لمنازع للمدعي في
دعواه ولا شي من ذلك متحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق والفرض عدم المنازع
فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على
منكر ولا منكر ههنا فلا تفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه
قسمه باعترافهم ليلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة قضا على الميت
اذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن

على ملكه صح

هذا قالوا اذا اوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه
اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل على ان التركة مبقاة على ملك
الميت فكانت القسمة قضا على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة او بينتهم واقرارهم
ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة و **قوله** وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد وذلك لان بعض
الورثة ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا والاخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر فكيف
صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه اجاب بقوله ولا يمتنع ذلك اي كونه خصما بسبب
اقراره لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث او الوصي المقر بالديون فانه انما يقضي
عليهما بالبينة بديون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقهم
وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه
فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع المال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك

له

الا بالبينة **قوله** بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما ان
لان في القسمة نظرا للاخر والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة في
القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند ابي حنيفة فانه لا يصير مضمونا
على من وقع في يده عنده وبخلاف جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد
روي عن ابي حنيفة في غير الاصول ان القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشرا والميراث وجه
الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم فلم تكن القسمة
قضا على الغير **قوله** وان ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال
المصنف رحمه الله هذه يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة رواية كتاب القسمة
واعاد لفظ الجامع الصغير لانه بين انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما
في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للميت
وان يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا
قيل هذا قول ابي حنيفة خاصة وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا
اولى وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة
والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك
ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز **قال** رحمه الله وان حضر وارثان واقاما البينة
وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث
غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغايب فقوله في ايديهم
ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح في ايديهما لانها لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد
الغايب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيا
منه لم يقسم واجيب بانه اطلق الجمع واراد المثنى بطريقه **قوله** وارثان واقاما
لكنه ملبس وكذا لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا
للغايب والصبي بظهور نصيبهما مما في يد الغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة يعني فيما
اذا كان معهما صبي عند ابي حنيفة كما اذا كان معهما غايب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد به
قوله لم يقسمه القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسم
باعترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشرى
وذكر الفرق بينهما وهو واضح **قوله** ويصير مغرورا بشرا المورث صورته اشترى

قوله صح

المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع
الوارث بها على البايع كالمورث و **قوله** ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة
وعدمها يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغايب او شي منه كما اذا اطلق في الكتاب
يعني به **قوله** لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينة و **قوله** هو الصحيح احترازا عما
ذكر في المبسوط وان كان شي من العقار في يد الصغير والغايب لم اقسمها باقرارهم
الحضور على تقوم البينة على اصل الميراث لان في هذه القسمة قضا على الغايب
والصغير باخراج شي مما كان في يده وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة
لانه لا يصلح مخاصما اذ الحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغايب
وان كان خصما عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان اثنان

الحاضر اسير والباقي ظاهر **فصل فيما يقسم وما لا يقسم** لما نوعت مسائل
القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما **قال** رحمه الله واذا كان ينتفع كل واحد من الشركاء
بنصيبه اذا طلب احد الشركاء القسمة فاما ان ينتفع كل بنصيبه او بعضهم او لا ينتفع منهم احد
فان كان الاول قسم القاضي بطلب احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند
طلب احدهم على ما بيناه تريد به قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند
طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء
الدين الجبر وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما
ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا وهو ان يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى
صاحب الكثير ووجهه ظاهر وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه
المخرج فيما ذكرناه لان دليل القول الاول دليل احد الامرين في دليل قول الجصاص دليل الجانب الاخر
والاصح هو المذكور في الكتاب اي القدوري وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر ولا
يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضي وايصاله الى المنفعة وذلك لا يوجد عند
صاحب القليل فان كان الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا يستضر كل منهما بالقسمة
وطلب احدهما القسمة لم يقسمها الا بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فـ
فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني يجبر على ذلك لان
في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة
والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة
تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي **قوله** ويقسم القاضي كل مكيل
وموزون لظاهر **قوله** ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان
يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على
ما يستحقونه منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة من اصل واحد كالاجانة والقمقم
والطست المتخذ من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب من القطن
او الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا
يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي
مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمه بينهما ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم
من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة ان التعديل بينهما لا يكون الا بزيادة
دراهم مع الاوكس والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكانت معاوضة بخلاف ثلاثة اثواب
اذا جعل ثوب بثوبين يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة
وابى الاخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا وللاخر ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل احد
القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثلاثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث
مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز لانه يتيسر عليه التمييز
في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما ثمة
معاوضة تحتاج الى التراضي **وقال** ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر والرقيق اذا
كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون مع الرقيق شيء اخر يصح فيه
القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر

اما عندهما

اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل
الرقيق تبعا له في القسمة وقد يثبت الحكم لشيء تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقول
في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا واناثا
لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على
القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم والرقيق المغنم ولابي حنيفة ان التفاوت في الادمي فاحش
لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة
ومنهم للفروسية وغير ذلك فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فاته ساير المنافع فلم يكن ذلك
قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر و
الانثى من بني ادم جنسان ومن ساير الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم جواب عن قولهما والرقيق
المغنم وذلك لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين
والمالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على عبد صح فصار كساير الحيوانات فليكن في القسمة
كذلك **اجيب** بان القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه
لا يحتاج اليه **قوله** واما الجواهر الى اخره فواضح **قال** رحمه الله ولا يقسم حمام ولا بير
ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب
كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبير والرحى ضرر لهما او
لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا
لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح **قوله** لما بينا اشارة الى ما ذكره في اول هذا
الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما **قوله** واذا كانت دور
مشتركة هنا بيان لفصول الدور والبيوت والمنازل فالدور مثلا اذا كانت او متفرقة لا
تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل
ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت
في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت ودون الدار
فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت
من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة
وبما في الفصول كلها يقول ان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله
على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع **قوله** وان كانت دار وضيعة او دارا وحانوت
الى اخره واضح الا انه ذكره انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسالة لم تذكر في كتب محمد ولا
ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهم الله و**قوله** ان اجارة منافع الدار بالحانوت اي بمنافع
الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح و**قوله** او تجئ حرمة الربوا هنا
اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني ان كانت منافع الدار والحانوت لاتحاد اصل
السكنى والمقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة
والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسالة روايتان
او يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد شبهة المجانسة
الشبهة الثابتة بها لانه **قال** جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة الشبهة
الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه اخر في التوفيق ان يراد

باختلاف الجنس الاختلاف من حيث الذات فلا يجوز القسمة الواحدة وباتحاد الاعاد في المنفعة وهي السكنى فيمتنع الاجاره لشبهة الربوا والله اعلم بالصواب

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف **قال** رحمه الله وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغذ ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه ان اراد رفع تلك الكاغذ الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البنا لحاجته اليه في الاخره اذ البنا يقسم على حده فربما يقع في نصيب احدهم شي منه فيكون عالما بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى ان تفرغ السهام ويكتب اسامیهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا الى آخره قال الامام حميد الدين رحمه الله صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدس سهام ولآخر ثلثها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف الاول فله الجزء الاول واللذان يليانه **قوله** وقوله في الكتاب واضح و **قوله** والقرعة لتطييب القلوب جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقه ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركا ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى الى زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه لعلمه بكونه احق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم **قال** رحمه الله ولا يدخل في القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار فطلبوا قسمته وفي احد الجانبين فضل فاراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم واخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس من ما يصل الرجل اليه في الحال وما لا يصل معادله فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان ارض وبنا الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة الى ان الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البنا في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد الى ان يرد الى شريكه بمقابلة البنا ما يساوي من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البنا فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل لانه قال فيه

يقسم الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الاخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح **قوله** فان قسم بينهم يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الاخر او طريق لا اعادوا اما ان يمكن صرف ذلك عنه او لا فان امكن فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الاخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا اشترطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا يدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة او لا فان كان الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لما فيها من الضرر وبقاء الاختلاط فيستأنف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا وارضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا يدخل وان لم ذكرت لان دخولها ينافي الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجاره حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا الشركا في رفع الطريق بينهم عن القسمة فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل يقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضي في احوالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة ليتحقق الافراز بالكليه دونه اي دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم نجعل سعة الطريق اكثر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السما وقال بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به فلا فايدة في جعله اعرض من ذلك وفايدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركا اذا اراد ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهوا فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فكان بانيا على الهوا المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركا وان كان المقسوم ارضا يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معا لانه لا يحتاج الى ذلك ولانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيودي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وبقية كلامه واضحه **قال** رحمه الله واذا كان سفل لا علو له صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لاخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لاخر وبيت كامل مشتركا بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيد بذلك ليلا يقال يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح

عند أبي حنيفة رحمه الله إذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال أبو حنيفة
وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لأنه الأصل في القسمة في المذروع لتكون الشركة فيه لأن في القسمة
وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة فإن كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وإن كانت قيمة أحدهما
نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لأن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو
من حفر البير واتخاذ السرداب والإصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة ثم اختلف الشيخان
في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع
بذراع واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل
السفل على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم
على عادة أهل عصره لأن أبو حنيفة بنا على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار
السفل على العلو وأبو يوسف بنا على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو
والسفل في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل
السفل مرة والعلو أخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة رحمه
الله أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنه تبقى بعد فوات العلو دون
العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء
على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولأبي يوسف ولأبي حنيفة
أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد
منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر
والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة **قوله** لا يفتقر إلى التفسير وتفسير
قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن تجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد
ثلثه وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو عنده مثل نصف السفل فثلثه
وثلاثون وثلث من علو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث
من سفل الكامل في مقابلة ست وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت
الكامل لأن علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لأن علو
مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد
وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلث وثلاثين وثلث ذراع من
السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبي يوسف ظاهر على ما ذكر في الكتاب
قوله وإذا اختلف المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي وشهد
القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكأنه مال إلى قول
الخصاف فإنه ذكر قول محمد كقولهما **قوله** ولأنه أي التمييز لا يصلح مشهودا
به لما أنه غير لازم قبل لأن الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح إذا كانت القسمة
بتراضيهما أما إذا كان بالقاضي أو نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء الإباء بعد ذلك بعد خروج بعض
السهام والباقي واضح والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض
القسمة أخر ذكرها والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في

في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فإن كان الأول تحالفا وتفسخ القسمة إن لم
يكن في دعواه متناقضا وإن كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر فعلى هذا
إذا ادعى الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيء في يد صاحبه وقد شهد على نفسه
بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق
إلا بحجة كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيار الشرط فإن أقامها فقد نور دعواه وإن عجز عنها
استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه
ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما إذا ذكر في الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض
في دعواه **قال** المصنف رحمه الله ينبغي أنه لا يقبل دعواه أصلا يعني وإن أقام البينة
لتناقضه لأنه إذا شهد على نفسه أي أقر بالاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى
بعد ذلك تناقضا **قوله** وإليه أشار من بعد يريد به قوله وإن قال أصابني إلى موضع
كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة
لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ن
وجه الإشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الأولى ولا تحالف فيها ولا سبب له ن
سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى وإذا كان التناقض موجودا أوجب أن لا يقبل
دعواه أصلا وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه وعجز عن إقامة البينة فالقول
قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر ولو اختلفا في التقويم فلا
يخلو إما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فإن كان الأول لم يلتفت
إلى دعوى سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لأنه لا احتراز عن مثله عسر جدا
وإن كان الثاني فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد
وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وإن كان بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله
وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول لقائل أن يقول لا تسمع هذه
الدعوى لأن القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه أما
البيع من غير المالك فإنه يتقيد بغبن الفاحش كبيع الأب والوصي ولقائل أن يقول تسمع
هذه الدعوى لأن المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث
القيمة فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش فإن شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد
حسام الدين كان يأخذ بالقول الأول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ كانوا يأخذون
بالقول الثاني **قوله** ولو اقتسما دارا هو عين مسألة أول الباب لكن أعاده لزيادة
بيان **وقوله** لما قلنا إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينته لأنه يدعي فسخ
القسمة بعد وقوعها **وقوله** وكذا إذا اختلفا في الحد وصورته دارا اقتسمها
رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي حد بيت في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة
يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لأنه خارج وبينة
الخارج تترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح والله أعلم

فصل

لما فرغ من
بيان الغلط بين الاستحقاق وإذا استحق نصيب أحدهما ههنا ثلاثة أوجه استحقاق
بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع في النصيبين
واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين ففي الأول لا تنفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني

خذو

تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تنفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسما ثانيا وقال ابو يوسف رحمه الله ينفسخ ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان يكون قيمة الدار الفا وستمائة درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو ثلثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلثه ارباع الف ومائتين قال المصنف رحمه الله ذكر الاختلاف بينهما القدوري في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار ان الاستحقاق ببعض معين من نصيب احدهما قال صاحب النهاية وصيغة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشايع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشايع غير مرة واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شايع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشايع لا في المعين لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الاخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الاخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتدا بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الاخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقتسم الاثنان على ان يأخذ احدهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتداء جازت انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشايع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما هاهنا فلا ضرر بالمستحق **قوله** وصورة المسئلة يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس **وقوله** ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق النصف الباقي رجع بنصف ما في يد الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة بقلب فاسد عنده فيقتسما الباقي بعد الاستحقاق **وقوله**

والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى غير حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب ما

قال رحمه الله ولو وقعت القسمة ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي بالتركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينقلب الى مال اخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادف فيها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل في المهاياه

لما فرغ من بيان قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهاياه واخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها ولخلا ان الترجمة بالباب اولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياه ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهاياه مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياه بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياه يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياه ولا تبطل المهاياه بموت احدهما ولا بموتهما

لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثه المهاياه فلا فايده في النقض ثم الاستيناف
ولو تهايايا في دار واحدة على ان يسكن هذا طايفة وهذا طايفة او هذا علوها وهذا سفلها
جاز لما ذكر في المتن والتهايي في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا
في جانب اخر منها في زمان واحد افراز لا مبادله لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع
احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شايعة في البيتين وكذلك في حق الاخر ولهذا لا يشترط فيه
التاقيت ولو كان مبادلة لكان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قبل
قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت
المنافع حادثه على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغلها وان لم يشترط في العقد ذلك
وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الايمة السرخسي وفيه نظر لانه لو كان مبادلة لكان كذلك والاولى
ان يكون ابتدا كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايا ولم يشترطا الاجارة في اول العقد لم يملك
احد منهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز
وكذا في البيت الصغير لان المهاياه قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين
ههنا وان لم يذكر ان هذا افراز او مبادله لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما
فاذا كانت المهاياه في الجنس الواحد والمنفعة متفاوته تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي
يعتبر افرازا من وجه مبادله من وجه حتى لا ينفرد احدهما بعقد المهاياه واذا طلبها احدهما
ولم يطلب الاخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه لانها لو كانت مبادله
لما جازت في الجنس الواحد لانها تكون مبادلة المنفعه بجنسها وانه يحرم ربو النسا والاول
اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربو النسا ثابت عند احد وصفي العله بالنص
على خلاف القياس فيما هو مبادله في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في
الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادله من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهاياه
قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادله من كل
وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايي من حيث الزمان والمكان في محل
يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في موخرها والاخر يطلب ان يسكن
جميع الدار شهرا والاخر شهرا امرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما اذ التهايي في المكان
اعدل لاستوايهما في زمن الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الاخر وفي الزمان اكمل لان كل منهما ينتفع بجميع
جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق فان اختارا من حيث الزمان يقرع في البدايه
نفيا للتهمه **قوله** ولو تهايايا في العبدين واضح وقوله وعند ابي حنيفة لا يقسم اي قال بعض
المشايخ عنه وقوله وهكذا روي عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ **وقوله**
والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي معنى قول ابي حنيفة ان الدور لا تقسم ان القاضي لا يقسمها اذا
فعل جاز وعلى هذا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث
الخدمة قلما يتفاوت اوجه البقا قوله في الاصول بلا تاويل **وقوله** ولو تهايايا فيهما واضح
وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايي في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد
والدابة الواحدة **وقوله** فيفوت المعادله لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر
ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية **وقوله** ولو زادت
الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة **وقوله** في ظاهر الروايه احتراز عما روي عن ابي حنيفة

في الكيسانيات

الوجه

وصاحبه

قبل

في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعه تعتبر بقسمة العين وهي في الدار لا يجوز للتفاوت **وقوله**
لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى اخره **وقوله** اعتبارا بالتهايي في المنافع يعني في
الاستخدام الخالي عن الاستغلال **وقوله** لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من حيث الزمان في
العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما كياسة وحذق ولبافة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا
يقدر عليه الاخر ثم التهايي في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين اولى ان لا
تجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت
الذي يصل فيه صاحبه فكان كالمهاياه في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى
الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت **وقوله** والتهايي في
الخدمة جوز ضرورة جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايي في المنافع وبيان الضرورة ما سنذكره بعد هذا
ان المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا تبقى لانه على طريق
الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقايل ان يقول علل التهايي في المنافع بقوله من قبل ان المنافع
من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين
مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل نتيجة هذا
التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله
لان الظاهر وجه اخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عندهما خلافا لهما ووجه ما بيناه في الركوب
وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الى اخره **وقوله** ولو كان نخل وشجر الى اخره واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يبتنى فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه
الله معناها لغة وشريعة فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال
ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه
لو نفى اصلا او عين دراهم مسماه كانت فاسدة بالاجماع وقالا هي جايزة لما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس
وقوله لانه لا اثر هنا الا للعامل في تحصيله يعني لانه محل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان
فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركه ولابي حنيفة
ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه
استيجار ببعض ما يخرج من عمله فانه لا يصح به ولان ذكر المدة وذكر من خصايص الاجارة فيكون في معنى
قفيز الطحان ولان الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع
يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر ومعدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك
مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي ان يقسم الامام
ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الخراج لانه عليه السلام ملكه غنيمه فكان
ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان
مدة معلومة وهو اي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جايز فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم
يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع
هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترط المدة فيها بخلاف المضاربة
واذا فسدت عنده واضح **وقوله** والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر

من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض و **قوله** لانه نما ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نما ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافته الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العامل مضافا الى الامر وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الى اخره و **قوله** الا ان الفتوى على قولهما واضح و **قوله** بيان المدة يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت و **قوله** لانه اي لان عقد المزارعة عقد على منافع الارض يعني اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي المنافع بمنزلة الكيل والوزن و **قوله** وهو اي المعقود عليه منافع الارض ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستاجر للارض وفي الثاني رب الارض مستاجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام و **قوله** نما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس لا يجوز الاجارة المحضة باجر معدوم و بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الاجر معلوما وما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولو لم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الراي الى المزارع او لم يفوض بعد ان ينص على المزارعة بانه مفوض اليه **قال** رحمه الله وهي عندهما على اربعة اوجه فيام المزارعة باربعة اشيا الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما ان يكون الجميع لاحدهما او لا لا سبيل الى الاول والا لا مزارعة شركة في الانتها واذا لم يكن من احد الجانبين شي لم يتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما ان يكون بينهما بالتنصيف او باثبات الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر ان يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر والوجه الاول في الكتاب وان يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لواحد وهو الوجه الرابع فيه والثاني ايضا على وجهين احدهما ان يكون الارض لواحد والباقي لاخر وهو الوجه الثاني والاخر ان يكون العمل لاحدهما والباقي لاخر وهو الوجه الثالث وهي جايزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وشاوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه جايز ايضا واعلم ان مبنى هذه المسائل وفسادها على ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة او منفعة العامل ولا بغيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استيجار ببعض الخارج والقياس يقتضي ان لا يجوز في الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستاجرا للارض ببعض الخارج واما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب الارض فكان حينئذ مستاجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على اصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استيجار الاخرين او كان المشروط على احدهما شيين غير متجانسين لكن المنظور اليه ذلك والضابط

في معرفة

هو

في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو انه ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس اخر واذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور اما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احد هما شيين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار فجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للاخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف او الاصل جوز ان يستتبع الاخر والفرع ووجه غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته التجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجار اللعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الاخر فكان في كل من الجانبين معارض بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقايل ان يقول استيجار الارض والعامل منصوص عليه دون الاخرين فكان ارجح ويلزم الجواز ويمكن الجواب عنه بان النص في المزارعة ما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود العامل رضي **قوله** كل ذلك بخلق الله لا مدخل له في الايلا وانما ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم ان ينسب الى القول في الطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان اخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكر المصنف وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو ان صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر مثله ارضه واجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيا لان عمل العامل بامره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين وثمة وجه اخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشتركا اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من اخر والبقر من اخر والارض من اخر قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر لانه نما بذره ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيا من الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل **قال** رحمه الله ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة معلومية مدة المزارعة شرطوا زها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الى اخره والاصل في هذا ان كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاوه يستلزم انتفا الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت **قوله** وصار كما اذا شرط رفع الخراج والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث والربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ما السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو

فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان فان
العرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله
والتبع يقوم بشرط الاصل يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع
وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكراه في الشركة فكان معناه والتبع يتصف
بصفة الاصل وقوله لانه حكم العقد يعني لو انهما سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه
موجب العقد فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود
الشرط وعدمه سواء واما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه
ليس حكم التبن العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك مفسد
للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال رحمه الله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط المزارعة
اما ان تكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض شيئا او لم تخرج فان اخرجت فالخارج
على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى
وان لم تخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الاتنها ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة
اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب بقوله ولا ان كانت المزارعة اجارة والاجر مسمى ولو فات لا
يستحق غيره واستشكل بمن استاجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستاجر
اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب
بان الاجر هيهنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض
لفرعه واجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء اخر فكذا هيهنا وان كانت فاسدة
فلا فرق بين ان تخرج الارض وان لا تخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تتوت
بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية
وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه
رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له اجر
مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف
وقد مرت في الاجارات قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب الاجارة
الفاسدة في كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استاجر حمار ايحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم
قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل وهذا بخلاف
ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط
فبمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد لا يبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة
كما هو قولهما الا في الشركة والاحتطاب ثم ذكر هيهنا وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ الى ان قال
وقد مرت في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة بلوغ الاجر بالغا
ما بلغ وليس كذلك واجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم
قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض
اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيصار
الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج او لا فهو على الخلاف
المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل اجر مثل الارض والبقر
هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة لجواز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى

فتنعقد

تنعقد المزارعة عليه فاسدا وجب اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز عن تاويل بعض اصحابنا
لقول محمد في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر ان المراد به ان يجب
اجر المثل مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا
ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه وقوله
واذا استحق رب الارض الخارج واضح الا انه يحتاج الى الفرق بين خبث تمكن في منفعة
الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث تمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام
المصنف رحمه الله اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض
يعني فهو يحتاج اليهما على ما جرت به العادة لاحتياج بالغا وكان الخبث فاسدا فاورث
وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بذلك لما ثابه لجواز
حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارض وامطرت السماء فكان ما يمكن
به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك قال رحمه الله واذا عقدت المزارعة في هذا
بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما او غيره او هو لازم في حال دون حال اما بعد القاء البذر
في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس
البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا
يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استاجر رجلا
ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه
بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا
كان عذر يفسخ به الاجارة كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض
فيفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل
الكراب لانه انما يتقوم بالعقد والعقد قوم بجزء من الخارج وقد
فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره في الاستعمال
واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة وقد مر
الوجه في الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد
مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد
الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض
الى ورثته ربما يقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي
واليه اشار المصنف بقوله فلو كان فيها ثلاث سنين الى اخره واعلم انه اراد بقوله واذا
مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين
ما نبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع
في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في
اطلاق اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار
انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما سنذكر
بعيد هذا واذا فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من فدحه الامر اي اثقله احوج صاحب الارض
الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله فسخت والتشبيه بالاجارة يشير الى انه
اختار رواية الزيادات فانه لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى

رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الي ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما
كرب الارض وحفر الانهار بشي لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما تقوم بالخارج فاذا انعدم
الخارج لم يجب شي وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب لهذا
التعليل انما يصح ان لو كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل
اجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل فيبقي عمل العامل من غير عقد ولا تسميه عقد فلا
يتقوم علي رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتي كان رب الارض مستاجرا للعامل
فكان العقد واردا علي منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله علي رب الارض ويرجع علي رب الارض باجر مثل
عمله كذا في الذخيرة محالا الي مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما يتقوم
علي رب الارض بالعقد والعقد انما تقوم بالخارج واذا انعدم الخارج لم يجب شي ثم الفسخ بعد عقد المزارعة
وعمل العامل منصور في صور ثلث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد
ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتي يستحصد
الزرع لان في البيع ابطالا لحق المزارع وفي التاخير انكان اضرارا بالغرما لكن التاخير اهون من
الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو
ظالما في ذلك والحبس جزا الظالم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد
ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتي لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه
اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قايم لان التبذير
استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنمات
وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله
فكان للمزارع في الارض عين قايم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان
لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتي يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في
الصورة الثانية والله اعلم **قال** رحمه الله واذا انقضت مدة المزارعة اذا انقضت
مدة المزارعة والزرع لم يدرك بقي الزرع وكان علي المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الي ان
يستحصد الزرع حتي لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة
لما انتهت بانقضا المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه
من الزرع الي وقت الادراك فلا يسلم له مجانا والنفقة علي الزرع ومئي مؤونة الحفظ
والسقي وكري الانهار عليهما علي مقدار نصيبهما حتي يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز
عن الكسب **وقوله** لان في تبقيه الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك انا لو امرنا العامل
بقلع الزرع عند انقضا المدة تضرر به وان بقيناه بالاجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر
تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات
رب الارض فانه يبقي الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه
ايضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الي النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه
فهو متطوع لانه انفق علي ملك الغير بغير امره لا يقال هو مضطر لاحيا حقه فلا يوصف بالتبرع
لان تمكنه من الاستيذان من القاضي يمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا
لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ذلك مكن منه ويخير رب الارض
بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز

اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس ينحصر في ذلك لم لا يجوز
ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه
بنصيبه وباجر المثل فيرد عليه بخلاف المزارع فانه يردع بنفسه بالقلع ما يجب عليه من
اجر المثل فيرعابنا فان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك و**قوله** ولو مات المزارع ظاهر
و**قوله** لما بينا اشارة الي قوله لان ابقا العقد بعد وجود المنهي الي اخره و**قوله** والمالك
علي الخيارات الثلاثة يعني المذكورة الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل
علي العامل مستحق لبقا العقد وقوله علي ما بينا اشارة الي قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الي اخره
قال رحمه الله وكذا اجرة الحصاد والرفاع قد تقدم معني الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع
بالفتح والكسر هو ان يرفع الزرع الي البيدر والتذريه تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري
ذكر هذه المسئلة عقيب انقضا مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان يوهم اختصاصها بذلك
فقال المصنف رحمه الله وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصور وهو انقضا المدة والزرع لم يدرك
بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة علي احد المتعاقدين
يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان
فيها معني الاجارة والفاصل بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج
فهو من اعمالها وما لا فلا وعلي هذا فالحصاد والدياس والتذريه ورفعه الي البيدر اذا شرط شي
منها علي احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروي اصحاب الامالي عن ابي يوسف رحمه الله انها اذا
شرطت علي العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الايمه هذا هو الاصح في ديارنا
والمصنف رحمه الله جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان
بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الي البيت
والطحن واشباههما وهما ليسا من اعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة علي الاشتراك
وفيما هو بعدها علي كل واحد منهما في نصيبه خاصة ليميز ملك كل واحد منهما عن ملك الاخر فكان
التدبير في ملكه اليه خاصة والمعامله قياس هذا اي المساقاة ايضا علي هذه الوجوه وقوله
لانه مال مشترك سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة
بينهما الاشتراك ان نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يقال لهم شركا في القرية والله اعلم

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم علي المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة
النبي صلي الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة
احدهما شدة الاحتياج الي معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسايل
المزارعة بالنسبة الي المساقاة والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي
فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الي من يقوم باصلاحها علي ان يكون سهم معلوم من ثمرها والكلام
فيها كالكلام في المزارعة يعني شرايطها هي التي ذكرت للمزارعة وهي غير جايزة عند ابي حنيفة كالمزارعة
وبه اخذ زفر رحمه الله وجايزة عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلي رحمهم الله وقال الشافعي
رحمه الله المعامله جايزة والمزارعه لا تجوز الا تبعا لها وذلك ان يكون النخل والكرم في ارض بيضا
تسقي بما النخيل فيامر بان تزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح

والجواب ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحقاها
بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك
الثمر معناه لو دفع رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بزرها على ان ما رزق
الله فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير في معنى الثمر بالشجر وهذا
لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين
والبزر يحصل بعمل العامل فاشتراطه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها او قوله غرسا قد
علق اي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان
يقوم عليها معناه حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها قوله واطلق في الرطبة يعني
لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذ لم يكن للرطبة جزة معلومة فان كانت
فهي جائزة كما لو اطلق في النخل فانه ينصرف الى الثمر الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين
لا غنى عنهما فكان اخلالا وقوله لانه ليس لها نهاية ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر
دليل النخل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى يذهب اصولهما لانه لا نهاية لذلك فكان غير
معلوم وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت المسمى وبالمدة قال رحمه الله ٥
ويجوز المساقاة في النخل والشجر هذا بيان ما يجري فيه المساقاة وما لا يجري فيه وخص
الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر وهو حديث خيبر وكان في النخل والكرم ولنا ان الجواز
للحاجة وقد عمت وعموم العلة تقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان الاثر خصهما الا على
اصلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل
لا سيما على اصله فان بابه عنده اوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام
دليل التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف واما نحن فانا لا نجوزه بالعلة القاصرة ونشترط
قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه وقوله وليس
لصاحب الكرم واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره
في المزارعة بقوله واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الى
اخره والحاصل ان المساقاة لم تشتمل على ضرر بتلف الازم من جهته ثم عذر صاحب الكرم
لوجود دين فادح لا يمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم يرد به الشرع
لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل بعض الخارج قوله واذا فسدت المساقاة واضح
وقوله والخارج بينهما للعامل ان يقوم عليه جواب الاستحسان ايفاء للعقد دفعا للضرر
عنه واما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر ورثة صاحب الارض
وبين العامل نصفين ان شرطا انصافا لان لصاحب الارض استئجار العامل ببعض الخارج والاجارة
تنتقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح على ما ذكر نظيره في المزارعة وقوله وهذا
خلافه في جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث
كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله والخارج بين الخصمين والاولى يعني
صورة الموت سواء العامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير اجر لان الشجر لا
يجوز استئجاره وان ابي خير الاخر بين الخيارات الثلاثة بخلاف المزارعة في هذا
اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على

العامل

وقوله صح

العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح قال رحمه الله وتنفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات ٥
المساقاة تنفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود
عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى اخره وقد بينا وجوه العذر فيها اي في الاجارة ٥
وكلامه واضح وقوله فيه روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احديهما لا يكون
عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا ينفسخ الا بعذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى
عذر وتأويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه النخيل على ان يعمل
فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا
بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك
على ان يكون الارض والشجر نصفين لم يجز ذلك لاشتراطه فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع
الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استئجار ببعض
ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فانه لو قلع الغراس وسلمها
لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما للقطعة خشبة ولم يكن مثمرا وطالب المثمر وطالب تسليم الشجر بقوله على ان يكون
الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليم الاشجار وجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في
قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل لانه يتقوم بالعقد لا
قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق اخر ذكره المنتهى وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل
بنصف ارضه او شراء جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة
الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه
الله وهذا يعني المذكور في الهداية اصحهما لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على
ان يكون المصبوغ للصباغ في ان الغراس له يجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت
الاجارة بقيت الاله متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد ٥
الصبغ في ثوبه واجر عمله

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح
كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المال فان الزراعة انما تكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منه
والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان
الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا نظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين
لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا
كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان يأكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبح
كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة
وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويتقدم عليه قبله نظرا
الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم لما فيه من الالم والذكاة الذبح واصل تركيب التذكية يدل
على التمام ومنه ذكا السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى قوله
الذكاة شرط حل الذبيحة الذبيحة شرط اكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله
حرمت عليكم الميتة والدم الى اخره استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمترتب على المشتق ٥
معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهي
منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة

المصنف في كفاية صح

نصفه صح

فلابد منه ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح
الحل في المأكول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة
الارض يبسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب
وهي يعني الذكوة اختيارية كالجرح فيما بين اللبة ومن الصدر واللحيين واضطرارية وهو الجرح في
اي موضع كان من البدن **قوله** والثاني كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان الابدال
يعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت امارة البدلية فقال كالبدل ومن شرطه اي شرط الذبح ان يكون
الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما تحل
ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ومن شرطه ان
يكون حلالا خارج الحرم كما سيجي **قال** رحمه الله وذبيحة المسلم والكتابي حلال ذبيحة المسلم
والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتي به مذبوحا واما اذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور
وهو ان لا يذكر غير اسم الله و**قوله** لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر
ان قوله الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم
اليه **قوله** تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس
طعامهم ذبائحهم واستدل بعضهم على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر
فائدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما
سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل معنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل ان الحل الذبيحة
بالتسمية والذبيحة يعني يقدر على الذبح ويضبط اي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج
والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا او مجنونا قال في النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد
له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان
يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل اراد به الايتين
المذكورتين وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقيل اراد به **قوله** لان حل الذبيحة
يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولى ان يجعل اشارة الى الاية والى قوله ولان
به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول
ابن عباس رضي الله فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز و**قوله** واطلاق الكتابي
ينتظم كذا ظاهر و**قوله** لان الشرط قيام الملة فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم
وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في معنى العلة و**قوله** ولا يوكل ذبيحة
المجوسي واضح و**قوله** بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه يريد به مرادا بان اهل
الكتاب اما اذا تمجس فلا يوكل ذبيحته **قال** رحمه الله وان ترك الذابح التسمية
ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا كان او اضطرارا عامدا او ناسيا قال
الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة
ميتة وان تركها ناسيا اكل استدل الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على
اسم الله سمى او لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية
لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة فانها لما كانت
شرطا لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان سلمنا انها شرط لكن الملة
اقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب انه محمول على

حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال
بانا لا نسلم الملازمة فانها تفضي الى العدم والنسيان معهود فيما اذا كان على الناسي هيئة
مذكرة كالاهل في الصلاة والجماع في الاحرام وههنا ان لم يكن هيئة يوجب النسيان وهي ما
يحصل للذابح عنده هو من خوف وجل وحوالة من تغير الحال غالبا هيئة مذكرة بوجوده والمانع ان
يمنع بطلان التالي ايضا على مذهب مالك رحمه الله وعن الثالث بما ذكره في الكتاب يعني ان اقامة
الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له واما ما
شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب اليه الشافعي مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك
رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي ما بلغ وجه وهو
توكيده بمن لاستغراقه عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو
اقرب لا محالة من مذهب الشافعي رحمه الله لانه مذهب ابن عمر رضي الله عنه والجواب
انه غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر
الاول لان نظائر ما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى
اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على
حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال
ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حالة الذبح لا غير وصلة على يدل على ان المراد به الذكر
باللسان وذلك ان اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام موكد بمن الاستغراقية التي تفيد
التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله
عليه حالة الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي لعذر كان في جهته وهو النسيان
فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم
لذلك ومجال الكلام في الاية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير والاجاع وهو ما بيناه يريد
به ما ذكر في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف
بينهم في متروك التسمية ناسيا الى الحجة والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى
الله عليه وسلم حين ساله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا اخر قال لا تاكل فانك انما سميت على
كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء
وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار
يشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على الاله
لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد
فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة **قال** رحمه الله ويكره ان يذكر مع اسم الله
تعالى شيئا غيره المسائل المذكورة ظاهرة و**قوله** ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه
لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لم يحل لانه
يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدا وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس
ما روي عن محمد انه لا يرى الخطا معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم و**قوله** لا يحرم حتى
لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدمه او اخره لا باس به ولو قال سبحان الله او الحمد لله
يريد به التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف بين هذا وبين التكبير ان المامور به ههنا
الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قائمات صففن ايديهن وارجلهن

وهناك التكبير و بهذه الالفاظ لايكون مكبرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لايحل في اصح
الروايتين و الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على
المنبر فقال الحمد لله يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المامور
هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح والذبح بين الحلق
واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واختار لفظ
الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري
الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل
العقدة لانه والذكاة قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفني
في حل ما يذبح فوق الحلقوم مما يلي الصدر دون رواية المبسوط تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة
الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى سمرقند لانه ذبح في غير المذبوح وهو مخالف
لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه
انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء لا معتبر بالعقدة **قال** رحمه الله والعروق
التي تقطع في الذكاة ه العروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان واختلف
العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي الى الاكتفاء بالحلقوم والمري وذهب مالك الى اشتراط
قطع جميعها وذهب ابو يوسف الى اشتراط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين رجع اليه بعد
ما كان قوله كقول ابي حنيفة كما نذكره وذكر القدوري انه قول محمد بخلاف ما قال المصنف المشهور
في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وذكر محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية
عن ابي حنيفة واما ابو حنيفة رحمه الله فقد اكتفى بقطع الثلث ايها كانت وهي ثلثة اوجه وان
قطع الجميع اولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم افر الاوداج
بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة انسب ولهذا
قال بعد هذا الورود الامر بفريه احتج الشافعي رحمه الله بان جمع الاوداج وما ثمه الا
الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري
اصلا واما معنى فلان المقصود ازالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك
رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه فان الاوداج جمع واقله ثلاثة فيتناول المري
والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم
باقتضائه وجوابه سيجي واحتج ابو يوسف رحمه الله بان المقصود من قطع الودجين انهار
الدم فينوب احدهما مناب الاخر اذ كل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المري فان المري
مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا
بد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجي واحتج محمد رحمه الله بان كل فرد منها اصل بنفسه
لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي
ثلث قطعها فقد قطع الاكثر وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية
اي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويحصل بهذا جواب
ابي يوسف وقوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب
جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمه معهود فينصرف

خ لان حيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمري صح

فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة خ وهو اقرب كما ترى واحتج ابو حنيفة بان الاكثر يقوم مقام الكل صح

الي الواحد

الى الواحد كما في قوله لا يحل لك النساء الا ان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس
فيما يكون كذلك و **قوله** بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باقي قيل يعني اكثر الرخص
فيه وهو الثلاثة فان لاثنين لما كانا باقيا فيما كان اكثر الرخص باقيا لا يحل وقيل لما كان جانب
الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم ينقطع شيئا وربما لوح الى هذا بقوله
احتياطا لجانب الحرمة **قال** رحمه الله ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن ه الذبح
بالظفر والقرن والسن المنزوع وعند جاز مكروه واكل الذبيح بها لا باس به وقال الشافعي هو ميتة
لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى
الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز اكله فيتناول المنزوع والقايم ولانا ان الذكاة
فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع ولنا قوله عليه
السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع
وغيره الا انا تركنا عمومه في غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام
فانهما مدى الحبشة فانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش
والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع و **قوله** ولانه قد جاء جواب عن
دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوع وعن غير المنزوع
فانه اي كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالخشبة والحجر
والحديد والسكين والكل باب لان كلامه ظاهر سوى الفاظ يفسرها اللطيفة بكسر اللام قشر
القصب والمروة الحجر الحاد و **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون في
معنى المنخنقة و قوله صلى الله عليه وسلم لقد اردت ان اذبحها لتموت قبل ان
يكون ذلك انما علم المقصود بالذبح ان التحديد لذبحه وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو
مع كونه سوداو ساقط لان الالم ثم في الذكاة وهو موجود فيه والعقل لا يحتاج اليه لمعرفة
الكلام و النخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيه عن المصنف بانه
عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم
الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان ذلك الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وهي
شرايين واورد وما ثمه شي يسمى الخيط اصلا ثم ذكر المصنف لاصل الجامع في افادة معنى الكراهة
وهو كلما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة **قال** رحمه الله وما استانس من الصيد فذ
كاته الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا يصار الى الاول قبل العجز عن الثاني وهذا
مخرج ما ذكره في الكتاب و **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه
عند العجز وقال مالك لا يحل الاكل بذكوة الاضطرار في الوحشي يعني بما توحش وما ترك لان
ذلك نادر ولنا ان الاحكم له وقلنا لا نسلم الندرة ولو كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد
تحقق قوله في الكتاب يريد القدوري كلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر
والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره الثاني والعكس جاز ويكره
لما ذكر في الكتاب و **قوله** لمعنى في غيره اي في غير الذبح وهو ترك السنة و **قوله**
اشعر معناه نبت شعره مثل استنبت المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث لانه
اسند لانه لا يصلح للاسناد لاكلا لانه روى ذكوة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا
فلا اشكال لانه تشبيه والتشبيه في كلامهم فالنصب اقوى لانه اقوى في التشبيه من الاول وعرف ذلك

في علم البيان قبل وما يدل على ذلك تقديم ذكوه الجنين كما في قوله وعينا كعيناها وجيد كجيدها سوى ان عظم الساق منك دقيق **فصل** ذكر هذا الفصل عقيب الذباح لانه المقصود من الذباح والوسيلة الى الشي يتقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر اوصاف السبع ليبني على ذلك **قوله** كل ذي مخلب وشي من هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهايم **قال** في المبسوط فالمراد بذي المخلب ما يختطف بمخلبه من الهوى كالبازي والعقاب ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذيب **قوله** ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابا يقاتلان به فلا يوكل لحمهما كالذيب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه انه سيل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقيل ايوكل لحمها فقال نعم فقيل اشي سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة **اجيب** بان حديثنا مشهور فلا يعارضه حديث جابر الضبع وقد قيل انه كان في الابتدا ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث وابن عرس ورد ويبه والرخم جمع رخمة وهو طاير ابلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا ياكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا ياكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي ياكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط ياكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة مكروه عند ابي يوسف **قوله** وكذا العداف وهو غراب القيظ لا يوكل واصل ذلك ان ما ياكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما ياكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا باس باكله عند ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل الدجاجة وهي مما خلط و**قوله** اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني انه ذو ناب و**قوله** وهو حجة على الشافعي رحمه الله يعني نهي النبي صلى الله عليه وسلم وانثه لتانيث الخبر فان **قيل** يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم سيل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احلله ولا احرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال اكل الضب على مايدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي لا كلين ابو بكر **اجيب** بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا ترجح الحاظر على المبيح ما ول بما قبل التحريم ولا يوكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك تشبثا بما روي عن عايشة رضي الله عنها انها سيلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وبحديث غالب بن ابجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا الحميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك واستدل الاخر باكل الوحشي وهو ضعيف اما الاية فلجواز ان يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشيا المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه ماول باكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص انما هو عن لحوم الحمر الاهلية فانتم فبطل القياس **قال** رحمه الله ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعمتين باد ناهما بانه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي ان لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في ترك اعلى النعمتين الذاهب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل اليسير و**قوله** والاول يعني كون الكراهة للتحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف سال ابا حنيفة رحمهما الله اذا قلت في شي اكرهه فما رايك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه وخص بعض العلما في لحم الخيل اما

انا فلا يحل اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف **قوله** لا يوكل من حيوان الما الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفا الشي فوق الما يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي هو الذي يموت في الما حتف انفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك و**قوله** والحجة عليه ما روينا يعني قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الى اخره و**قوله** وينسحب عليه فروع كثيرة بينا هافي كفاية المنتهي منها انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى فانها توكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الما وغيره وكذلك ان ماتت في جب ما لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها لان ذلك وان كانت لا توخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيا القاه في الما لياكل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو في معنى ما حصر عنها الما وقال صلى الله عليه وسلم ما حسر عنه الما فكل و**قوله** في الموت بالحر والبرد روايتان احدهما انها توكل لانها ماتت بسبب حادث فكان كما لو القاه الما على اليبس والاخرى انها لا توكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من اسباب الموت في الغالب واطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبايح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو يا وادغمت اليا في اليا وكسرت الحا لاجل اثبات اليا وجمع على اضاحي بتشديد اليا **قال** الاصمعي وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفرا الاضحى يذكر ويونث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرايطها تذكر في اثنا الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشي الى الشي ان يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف الى السبب لحكمه يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والعبرة عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية ولو كانت بالقدرة الميسرة كان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع افة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها ملك قيمة ما يصلح للاضحية ولو كان لا يملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القربة المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم

يتصدق وحصل الاجر واما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى **قال** رحمه الله الاضحية واجبة كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظايف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فانهما لا تختلفان فيها لان المسافر تلحقه المشقة في ادايها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ **قوله** ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام **و قوله** لان الاضافة للاختصاص ظاهر **و قوله** وهو اي الاختصاص بالوجود لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة ايضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة واجيب بان الوجوب افضى اليه لاستحقاق العقاب بتركه **و قوله** عن اداء الخصم اسبابا اي بشرايط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد يعن له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر موثر في التخفيف الا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو اقوى حرجا من زيادة ثمن الماء **و قوله** والمراد بالارادة جواب عما استدل به من قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله عليه السلام من اراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلاة فليتوضأ **و قوله** والعتيرة جواب عما استشهد به **و قوله** على ما قيل يشير الى ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت الناقة او الشاة ذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه السلام كتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم و قوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانها هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين **و قوله** وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشروط المذكورة في اول الباب **و قوله** لما بينا اشارة الى قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها **و قوله** لما روينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث **و قوله** سنين مقداره اي مقدار الوقت **و قوله** لا يجب عن ولده يعني سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تجب عليه **و قوله** والاصح انه يضحي من ماله اي من مال الصغير ويأكل اي الصغير التي هي من ماله ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف واحد واما في لحمها فليس له الا ان يطعم او يأكل **قال** رحمه

الله ويذبح عن كل واحد منهم شاة كلامه واضح **قوله** وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز كما اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا **و قوله** يجوز في الاصح احترازا عن قول بعض الناس انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي ووجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد **و قوله** الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الاخر البعض ومع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس **و قوله** اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى التمليك فلم تجز مجازفة عند وجود القدر والجنس **و قوله** وقد امكن يعني دفع الحرج لانه بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس **و قوله** لما بينا اراد به قوله لانه قد اعدها للقربة فيمتنع عن بيعها الى اخره **و قوله** وما رويناه حجة على مالك والشافعي اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده **و قوله** ومن ضحى بعد ما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة **و قوله** اجزأه استحسانا يشير الى انه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب **و قوله** وقيل هو جائز في العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ان المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل فقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا **قال** رحمه الله وهي جائزة في ثلاثة ايام كلامه واضح **قوله** ويجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا الغير فلا يدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا الليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لو ذبحها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي تبع للايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب **وقوله** والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصدق بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية او سنة في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض فلا شك في فضيلة الواجب او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الافاقي لفواته افضل من صلاة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه افضل ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان نذر شاة فقال لله علي بان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا او غنيا او كان المضحي غنيا فقيرا او قد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء **قال** ولا يضحي بالعمياء والعوراء هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عن يسير العيب واليسير

ما لا اثر له في لحمها والعور اثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وقوله العلف
بورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها هي ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما
تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا انتقاء في التي
ليس لها نقي اي مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضحة قوله وقيل معناه قولي قريب من قولك اي
قولي الاول وهو ان الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه اقرب الى قولك الذي هو ان الاكثر من النصف اذا بقي
اجزاه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع والثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف ومحمد روايتان
وقد تقدم وجه ذلك في الكشاف العضو في اول الكتاب وقوله لا لان القرن لا يتعلق به مقصود الاثري
بالا الجايزة ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سود والوجا نوع من الخصا
وهو ان يرض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله فتعينت يعني هذه الشاة المشتراه للاضحية
وقوله كما في نصاب الزكاة فانه اذا انتقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا تضمنه ربا لما ان
النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلكا لما تسقط الوجوب
وعلى هذا الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشرا وعلى الفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير
ذبحهما لان الوجوب عليه بالشرا وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام ان
المشتري لو كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر
رواية اصحابنا تجب وروى الزعفراني عن اصحابنا انها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله فانكسرت رجلها
من باب ذكر الخاص واراد به العام فانه اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب بحالة الانضجاع
للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزا بالاستحسان لان وجه القياس خلافه لان ادى الواجب بالتضحية
لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله لانها تحصل بمقدمات الذبح
دليل محمد ودليل ابي يوسف ان الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعيبت به من ان يكون سببا من اسباب
هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل اخر قال والاضحية من الابل والبقر كلامه
وقيد بقوله في مذهب الفقها لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا في النهاية وقوله
لان فيها هي الاصل في التبعية لانه جزءها ولهذا يتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الحلو
الماوانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله لكن من شرطه
ان يكون قصد الكل القربة لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف
جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر ولم يجوز عنده
لاختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان
بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بينا
انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى وبعض الاراقة وقع نفلا او لحما
فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير لحما مع نية
القربة اذا لم يتعد في محلها او كانت في غير وقت الاضحية والاراقة لحم لا تصير قربة بحال قال
رحمه الله وياكل من لحم الاضحية اما ان تكون منذورة او لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في
الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان ياكل منها ولا ان يطعم الاغنيا لان سبيلها التصدق وليس
للمتصدق ان ياكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما بينا روينا يعني قوله عليه
السلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسوال
ولا يسال وقوله كالخل بالخا المعجمة والمهملة والابازير التوابل جمع ابزار بالفتح وقوله

في الصحيح

في الصحيح احترازا عما قيل انه ليس له في الجلد الا الاكل والاطعام فلو باع بشي ينتفع به بعينه جاز روى
ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشي
ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس بلبسه وقوله لا لان القربة
انتقلت الى بدله لان تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله
لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد معاوضة قوله من دمها كذا ذكر تمام الحديث اما انه يجاء بدمها
ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال ابو سعيد الخدري رضي الله عنه هذا لال محمد رحمه
الله خاصة ام لال محمد والمسلمين عامة فقال عليه السلام لال محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله
حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر اي فيما اذا كان المضحي فقيرا ويكره ان يبدل بها غيرها
اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي رحمه الله وقوله فصار كما لو باع
اضحيته يعني انه لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل
على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله وقوله ومن اتلف لحم اضحية
غيره متصل بقوله وان تسالحا يعني ان تسالحا عن التحليل كان لكل واحد منهما من اتلف لحم اضحية صاحبه
ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة
لحمه وقوله لانه ملكها سابق الغصب يعني وكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي للتضحية
لا يقال الاستناد يظهر في القايم والتضحية بالاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول
الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح ان يقال يظهر الاستناد فيها او لا
يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فيكون الاراقة والتضحية واقعة

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من اصل وفرع يرد فيه الكراهة
الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن
وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهة ايضا كذلك قوله واللبن
متولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول ابي حنيفة رحمه الله في رواية هذا الكتاب حيث
جعل لبنه حلالا بما لا باس به واكل لحمه محرما مع ان لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو
ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما ان المقصود من
تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا باس به وقوله صلى الله عليه
وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب
ما هو المحفوظ من الثقات وقوله لانه في معناه اي لان الادهان من انية الذهب في معنى الشرب
لان كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ انية الذ
والفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا دخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال
صاحب النهاية كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير وارى انه يخالف لما ذكره المصنف في
المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات المضبب
المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمسجد المسمر والثغر ما يجعل تحت ذنب الدابة
ولابي حنيفة رحمه الله انه تابع ولا معتبر بالتوابع حكي ان هذه المسلة وقعت في دار ابي جعفر
الدوانيقي بحضرة ابي حنيفة وايمة عصره رحمهم الله فقالت الايمة يكره فقيل لابي حنيفة ما تقول فقال
ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له من اين لك هذا فقال ارايت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب

من كفه ابكره والا وقف كلهم وتعجبا بوجعفر قال رحمه الله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا . كلامه واضح
وقوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محاله اولي ان يقبل في الحرمة
لان الحرمة من حجه على الحل دا بما واتى بزاوية الجامع الصغير لا الهداية فيها نفس الجارية وقوله لما قلنا
راجع الي قوله لان الهدايا تبعث عادة علي يدي هولا وقوله ولا يقبل فيها اي في العبادات قول المستور
وقوله جريا علي مذهبه انه يجوز القضا به يعني اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار
احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة وقوله حتى يعتبر
فيهما اي في الفاسق والمستور اذا اخبر بنجاسة الما اكبر الراي وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول
العبد والحر والامة لانه خبر هو لا في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلزم
بنفسه اولا ثم يتعدى منه الي غيره فلا يكون من باب الولاية علي الغير وقوله ماذكرناه اشارة الى الهدية
والاذن وقوله فان كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به يعني حتما لا في الاحتياط والاحتياط في
التيمم بعد الوضوء لانه لم يترجح احد الوجهين فبقي الاصل الطهارة وقوله لما قلنا اشارة الي قوله لما التحري
مجرد ظن ففيه احتمال الخطا وقوله ومنها اي من الديانات الحل والحرمة يقبل فيها خبر الواحد العدل اذا لم
اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل والاطعام لانها
حق الله فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة
بطلان الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا اخبر رجل وامراة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من
امراة واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين او رجل وامراتين لان الحرمة هاهنا مع بقا النكاح غير متصور
وكان متضمنا الزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اي قول المجوسي في الحل اولي
ان يقبل في الحرمة وهو يدل علي ان العدالة في الخبر باطل والحرمة غير شرط وكان كلامه متناقضا اجيب
بان ذلك كان ضمنا وكم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا مناقضة لان المراد هاهنا ما كان قصدا
قال رحمه الله ومن دعي الي وليمة او طعام قيل الوليمة طعام العرس والغنا بالكسر السماع وقوله
كصلاة الجنازة قيل عليه انه قياس السنة علي الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل الحد ور
لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد علي تاركها
قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصي ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه هو
اقتران البدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر علي المنع منعهم وان لم
يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله عليه السلام من راي منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله
ولو كان علي المائدة ينبغي ان لا يقعد يشير الي ما تقدم انما هو اذا كان اللعب في ذلك المنزل لم
يكن علي المائدة لانه لم يدخل تحت المعية واما اذا كان علي المائدة فكان قاعدا مع القوم الظالمين
وقوله ودلت المسئلة علي ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغنا
بقوله فوجد ثمه اللعب والغنا فاللعب هو اللهو حرام لا يقال الحياة الدنيا لهو ولعب لقوله
تعالي انما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض
اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المومن باطل الا
في ثلاثة تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وقوله تضرب القضيب
يعني به خشب الحارس وقوله وكذا قول ابي حنيفة معطوف علي قوله المسئلة

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة

الاحتياج

الاحتياج اليه قال رحمه الله لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل
واستدل علي الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وهو عام
في الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث اخر فان قيل الحديث الدال علي
حله لهن اما ان يكون قبل الاول فينتسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في
افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب
انه يحتمل بدليل استحلالهم اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك
انه قاطعة علي تاخره فينتسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى
الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الي حريرين فرا بين العموم اجيب بان المراد
الجنس ولو كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله وقالا لا يكره يعني للرجل والمراة
جميعا بخلاف اللبس وقوله لها العمومات يريد به قوله نهي عن لبس الحرير وقوله
انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه استقبل جيشا من الغزاة
رجعوا الغنائم وقد لبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال
لاني اري عليكم ثياب اهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكا وقوله والجامع
كونه نموذجا يريد به ان المستعمل ان يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الاخرة
منه ليرغب في تحصيل سبب توصله اليه وقوله لا فصل فيما رويناه يريد به قوله صلى
الله عليه وسلم هذان حرامان علي ذكور امتي وقوله والخز مسدي بالحرير فلما هو
اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف فجوانب الماو جمله ووجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون
كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة رحمه
الله لا يجوز وعند محمد يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته
غيره ولا باس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الي اخرهما
وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهي ابقاع الهيبة
في عين العدو ولبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله
علي ما بينا اشارة الي قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة وروي
هشام عن محمد انه كان لا يري باللباس المرتفع جدا باسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه
وسلم ذات يوم وعليه ردا قيمته الف درهم وربما قام الي الصلاة وعليه ردا قيمته
اربعة الاف درهم وابو حنيفة كان يرتدي بردا قيمته اربعمائة دينار وقد قال الله
تعالي قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده قال رحمه الله ولا يجوز للرجال التحلي
بالذهب لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم هذان
حرامان علي ذكور امتي وبالفضة لانه في معناه فان قيل قوله عليه السلام هذان
حرامان علي ذكور امتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله قل من حرم زينة الله لانه
ولا يثبت الا التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز
التقييد به وقوله وقد جا في اباحة ذلك اثار منها ما روي انه كان لرسول الله صلى
الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر
وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى
الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام امن كل شي

من معاد حتى جا بمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي عمر ثم كان في يد عثمان رضي الله عنهم اجمعين حتى وقع من يده في البير فانفقوا مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لاداة الحصر فيه ومن الناس من اطلق منهم شمس الائمة السرخسي فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه **وقوله** لما روينا اشارة الى قوله هذا ان حراماه ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البرا ابن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال الفضه والذهب سوا ثم لما حل التختم بالفضه لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الاخر والجواب **ــــ** انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا البسه ابدا فرماه الناس **وقوله** ويجعل الفص الى باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا **وقوله** وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما يعني اختلف المشايخ في قول ابي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع قول ابي حنيفه رحمه الله هكذا ذكر الكرخي وذكر في الامالي جميع قول محمد والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ما كانت عنده وقعة لهم **وقوله** وهو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسه وما رواه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جا في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقه في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكا ومعنى قول الشاعر الا ان الرجل اذا خرج في سفر عمد الى شجر يقال له الرتم فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امراتي وان اصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمه وهي خيط التذكر يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم ٭ فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب بمعنى الهدر واللعب

فصل في الوطي والنظر والمس

مسايل النظر اربع نظر الرجل الى المراة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والاولى على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من تحل له من الزوجة والامه ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى الامة الغير **قال** رحمه الله ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية القياس ان لا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها واليه اشار قوله صلى الله عليه وسلم المراة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه ارفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس رضي الله عنهم بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما **وقوله** ولان في ابدا الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والاول الرصاص **وقوله** فان كان لا يامن الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان لك الاولى والثانية عليك يعني بالثانية ان يبصرها

عن شهوة **وقوله** ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما اي يوفق قاله للمغيرة بن شعبة رضي الله عنهما لما اراد ان يتزوج امراة والخافضة الجارية كالخاتن للغلام يعني الختانة فطه والختان ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال وتكرمة في حق النسا فلا يترك ويجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر الى موضعه **قال** رحمه الله وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم **قوله** خلافا لما يقوله ابو عصمة يعني به سعد بن معاذ المروزي ان السرة احد حدي العورة فيكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على ابو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والماخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي اسند الا بالغاية لانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سواتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله معتمدا فيه على العادة **قوله** لانه لا معتبر بها اي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متحلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة **وقوله** وقد روى ابو هريرة جواب عن قول الشافعي ودليل على كون الركبة عورة **وقوله** وابدا الحسن بن علي جواب عن قول ابي عصمة والشافعي **وقوله** وقال عليه السلام لجرهد جواب عن قول اهل الظاهر **وقوله** ولان الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة وابا في ظاهر **قوله** لانهما اي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء **وقوله** ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه **وقوله** ووجه هذا الفرق اي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة عليهن غالبة والغالبة كالمتحقق غالبا الا ترى ان وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وعليه الصحة لا يجمعهما وان ابا حنيفة جوز الصلاة في السفينة قاعدا لان الدوران الراس فيها غالب واذا كان كذلك واذا نظر اليها مشتهيا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبار القيام الغلبة مقام الحقيقه واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الغرض انه لم ينظر ولا اعتبار العدم الغلبة وكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين في الافضا الى المحرم اقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة **قال** رحمه الله وتنظر المراة من المراة هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز للمراة ان تنظر اليه من المراة لوجود المجانسه وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية اي في الحمام وهذا دليل على انهن لا يمنعن عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان بنا الحمامات للنسا وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النسا الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمراة الى هذا احوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمراة لا تتمكن من ذلك الى هذا اشار في المبسوط **وقوله** كنظر الرجل الى محارمه يعني

لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سياتي قال المصنف والاول اصح لان نظر الجنس اخف **قال**
رحمه الله وينظر الرجل من امته هذا هو القسم الثاني من اقسام نظر الرجل الى المراة والتسامح في رعاية
الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد بقوله من امته التي تحل له لان حكم امته المجوسية والتي هي اخته
من الرضاعة حكم امة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطي فينتفي
بانتفايه والغير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لانه لا اهلي نوع ستر من الاقتاب والثغر وقد قيل هو الاهلي
ايضا وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى ان ينظر وقت الوقاع روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى قال سالت ابا
حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امراته وتمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك باسا قال لا وارجو
ان يعظم الاجر **قال** رحمه الله وينظر الرجل من ذي رحم محرمه هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر
الرجل الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جايز دون بطنها وظهرها
وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا باس بذلك جعلا لها كحال الجنس في النظر وهو
محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامراته انت علي كظهر امي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا
لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة **وقوله** والاصابة اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على
تاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة ذكر الحال
واراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لانه ابدا ما كان منفصلا اذا كان منها عنه فابدا المتصل اولى وذلك
كقوله تعالى لا القلايد فحرمة تعرض محلها **وقوله** وهي ما ذكر في الكتاب يريد به الوجه الى اخره ويدخل
في ذلك اي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع
الزينة اما الراس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر
كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع
الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها
ليست مواضع الزينة وباقي كلامه واضح **وقوله** لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه
اي في المحرم **قوله** في الاصح متعلق بقوله اوسفاح لان الخلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها ان
بالنكاح قال بعض مشايخنا الا يثبت حل الوطي اللمس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق
العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح انه لا باس بذلك لما بينا انها
محرمة عليه على التابيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد
على ما عرف في موضعه ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك في
المسافرة وانتفا المانع وهو وفور الشهوة **وقوله** الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله ولا باس وكلمة
او في قوله عليه السلام فوق ثلاثة ايام من صلبه لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة ايام ايضا فكان كقوله
تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فاذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة لان في المسافرة خلوة **قوله**
فان احتاج الى الاركاب اي اركابها وانزالها والاصل في ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان اللمس
فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل راس فاطمة رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح
الجنة وكان ذلك عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الانقاع عن الشهوة ما امكن **قال** رحمه الله وينظر
الرجل من مملوكة الغير هذا اخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح **وقوله** علاها اي ضربها علاوة
وهي راسها ما للدرة **وقوله** خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة وجهه
ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ومن اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا الى موضع المئزر
وتعامل اهل الحرمين وجه العامة ما ذكره في الكتاب **وقوله** واما الخلوة بها والمسافرة معها يعني

اذا امن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس
الايمة وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد وفي الاركاب والانزال اعتبر مجرد الضرورة فهي يعني
التي لا امد فيه لها في المحارم بمجرد الحاجة اي نفس الحاجة لا الضرورة **وقوله** ولا باس بان يمس في ذلك اي المواضع
التي يجوز النظر اليها اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهي كذا في المختصر واطلق في الجامع الصغير فقال في رجل اراد ان
يشتري جارية لا باس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقيها مكشوفين والباقي واضح **وقوله**
وكذا المخنث في الردي من الافعال يعني من يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذي في اعضايه لين وتكسر باصل
الخلقة ولا يشتهي النساء فانه رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى او التابعين
غير اولي الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به
الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما همه بطنه اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان نقول قوله تعالى او
التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم هو محكم فناخذ به واشار المصنف بقوله
فالحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم
يظهروا على عورات النساء اي لم يطلعوا اي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها **وقوله** ولا يجوز للمملوك
واضح **وقوله** والمراد بالنص الاية يريد بالنص قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن وهو جواب عن استدلال مالك
والشافعي رحمهما الله به قال سعيد اي سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير قال في النهاية اطلق اسم السعيد ولم
يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين والحسن وغيرهما سمرة بن جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون
الذكور ولان الذكور يخاطبون بقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى او ما ملكت
ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الاما الى سيدتهن استفيد من قوله او نسايهن فلو حملت هذه
الاية على الاما لزم التكرار وبان الاما لو لم يكن مراده من قوله تعالى ونسايهن وجب ان لا يكون مراده من قوله
تعالى او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على احد ان للامة ان تنظر الى
سيدتها فهي كالاجنبيات والملك ان لم يزد توسعة فلا اقل ان لا يزيد تضييقا واجيب عن الاول بان
المراد بالنساء الحراير المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمومنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن
ابن عباس رضي الله عنهما والظاهر انه اريد بنسايهن من يصحبهن من الحراير مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن في حل نظر
بعضهن الى بعض سوا والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن الاما وعن الثاني بان حال الامة بقربهن حال الاولى الحرة التي تسافر
من غير محرم فكان يشكل انه يباح لها التكشف بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسايهن لان
مطلق هذا اللفظ يتناول الحراير دون الاما والباقي واضح

فصل في الاستبرا وغيره

اخر الاستبرا لانه احتراز عن وطي معتد والمعتد بعد المطلق يعني الاستبرا الجارية اي طلب براة رحمها من الحمل
واوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبرا واجب وله سبب وعلة
وحكمة اما وجوبه فبحديث سبايا اوطاس لا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة
ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع ابلغ نهي مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة
منه وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص واما علته
فهي ارادة الوطي فانه لا يجب الا في محل فارغ يوجب معرفة فراغه واما حكمته فهو التعرف عن براة الرحم صيانة للمياه
المحترمة عن الاختلاط او الانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بما يحترم به بان يكون من
بني ادم فيجب بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطيها لئلا يسقى ماؤه
زرع غيره واما الحكمة فلا يصلح لاضافة الحكم اليها لتاخرها عنه واما العلة هاهنا فكذلك لان الارادة امر مبطن
لا يطلع عليه لانه يعرض من نسبه تحت الملك فلا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطي

البصر

قال يصح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه وجودا وعدما
تيسيرا وهذا في المسبية ثم يتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشرا والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة
بدلالتها فانه قيل الموجب ورد في المسبية على خلاف القياس ليتحقق المطلوب كما ذكرتم فلا يقتصر عليها فالجواب
ان غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا فالحق بها دلالة واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع
ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراة ومن المراة والمملوك المأذون له في
التجارة ومن لا يحل له وطيها لكونها اخته رضاعا او ورثها وهي موطوة ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب
وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزي بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف يجزيها لحصول المقصود وهو
تعرف البراة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها اي بعد
اسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان السبب استحداث الملك واليد وهي انما يكون بالقبض
ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح **وقوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك
واليد والحكم لا يسبق السبب ولا يجب الاستبرا على الابقة يعني التي ابقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها
فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم
يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبرا لانهم ملكوها **وقوله** وحرم الدواعي لافضايها اليه اي الى الوطي
كما اذا ظاهر من امراته فانه حرم وطيها وحرم دواعيه لافضايها اليه **وقوله** ولم يذكر الدواعي في
السبي يعني في ظاهر الرواية وعن محمد لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية
الى الفرع وهو غيرها بتغير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار
اقتضا الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدية ان كان بالقياس فالجواب
المذكور غير دافع لان عدم التغير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفا الشرط يستلزم انتفا المشروط
والثاني انه ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضا والوقوع في غير الملك فان لم يحرم
بالثاني فليحرم بالاول لان الحرمة توخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة
كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا الحرمة
الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل به الشافعي واكثر الفقها فلما كان علتها في المسبية امرا
واحدا لم يعتبر ولما كان في غيرها امران تعاضدا فاعتبرت **وقوله** على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة
في المشتراة اصدق الرغبات **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن
حملهن **وقوله** والارتفع حيضها اي امتد طهرها في اوان الحيض لا يطاها حتى اذا تبين انها ليست
بحامل جامعها لان المقصود تعرف براة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل على عدم الحبل لو كان
وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان مشايخنا قالوا
يتبين ذلك بشهرين او ثلاثة على ما ذكر في الكتاب الى اخره وقيل الاول اصح وهو ان يتركها شهرين او
ثلاثة لظهور الحبل في ذلك غالبا **وقوله** ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها لف ونشر يعني يشتريها
ويقبضها اذا زوجها البايع او يقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه
اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان عليه لا له والحيلة في تمشية هذه الحيلة ان يزوجها على ان يكون
امرها بيده يطلقها كيف شا وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لانه ان طلقها قبله
كان على المشتري الاستبرا اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها
والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة
فيلزمه الاستبرا **وقوله** اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبرا الا ان القبض اذ ذاك ليس بممكن

من الوطي

من الوطي والتمكن منه جزء العلة الاخرى كان تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر وبه مزيلا للتمكن وقوله
كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبرا
لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب
بعده لعدم تجدد السبب **قال** رحمه الله ولا يقرب المظاهر ولا يلمس هذه المسئلة ليست من مسايل
الاستبرا لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبرا الى حرمة الدواعي
في هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها وجوزان يقال الصدر الفصل بالاستبرا وغيره وهذه من غيره
وقوله لان الحيض يمتد شطر عمرها وهو عشرة ايام من كل شهر وكان قربها من خمسة عشر يوما وهو نصف
الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا
بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما **وقوله** ومن له امتان اختان فقبلهما هذه على ثلاثة اوجه
اما ان قبلهما او لم يقبلهما او قبل احداهما فان لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطا ايتهما شاء كما اذا اشتراهما معا وعلى
التعاقب وان كان قبل احداهما كان له ان يطا المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم
يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكر في الكتاب وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا باطلاق قوله تعالى وان
تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما اية يعني قوله تعالى وما ملكت ايمانكم وحرمتهما
اية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو
ملك اليمين **قال** المصنف رحمه الله ولا يعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم ولا يقال يجوز ان يكون
المراد الجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطي فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على
حرمة الجمع بينهما وطيا فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح **وقوله** وكذا الكتابة كالاعتاق كلمة كذا رابع **وقوله**
في هذا اي انه يحل وطي الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى فلذا لا يلزمه استبرا جديد
بعد العجز ولم يحل فرجها الغير فكان ينبغي ان لا يحل له وطي الاخرى **واجيب** بان الحل يزول بالكتابة
ولهذا يلزمه العقر بوطيها فبالعجز والحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له ان يطا الاخرى **وقوله**
ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل الى اخره واضح وعن عطا رحمه الله ان ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة
فقال اول من عانق ابرهيم خليل الرحمن صلوات الله عليه لانه كان بمكة فاقبل ذو القرنين اليها فلما كان بالابطح
قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلد فيها ابرهيم خليل
الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابرهيم فسلم عليه ابرهيم فاعتنقه فكان هو اول من عانق والشيخ ابو منصور
رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف
بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة
فلا باس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد الغير لا رخصة فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى
انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم رحمه الله انه كان
اذا دخل عليه احد من الاغنيا يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقرا وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنيا
يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقرا وطلبة العلم لا يطمعون
مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام من

فصل في البيع

اخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطي لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان
وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم **قال** رحمه الله ولا باس ببيع السرقين كلامه واضح
وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز **وقوله**

على اي وصف كان يعني حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا رجلا او امراة وقوله لما مر من قبل يعني في
فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من
غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل
قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون
ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته او لوجاهته وقوله لان اكبر
الراي يقوم مقام اليقين يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا ترى ان من تزوج امراة
فادخلها عليه انسان واخبره انها امراته وسعه ان يطاها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رايه
انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رايه
انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رايه انه هارب من لص لم يعجل بقتله وقوله الا ان يكون
مثله لا يملك مثل ذلك كدرة في بيت فقير لا يملك شيئا او كتاب في يد جاهل لم يكن في ابائه من هو اهل
لذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه وقوله وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا كله مبني على
قوله ومن علم بجارية انها لفلان فراى اخر يبيعها يعني ان الاتي بالجارية اذا كان عبدا او امة وقال الاخر وهبها
منك او بعتها منك فليس للاخر ان يقبلها منه ولا ان يشتريها منه حتى يسال عن ذلك لان المنافي للملك وهو
الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في خبره لا يحل له الشراء وقوله وان لم يكن له راي
لم يسعه القيام الحاجز بالراء المهملة اي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو ان امراة اخبرها ثقة
بناه على ان القاطع اذا كان طاريا ولا منازع للمخبر يقبل فيه قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان
لم يكن لا بد من انضمام اكبر راي المخبر له اذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لان القاطع فيه
وللاقدام الاول لا بد لعلة انعدامه فلا يثبت المنازع اعترض عليه بانه قبل خبر الواحد في افساد
النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه اخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت
والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل يوجب
ملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد فوقه والباقي واضح قال رحمه
الله واذا باع المسلم خمرا كلامه واضح وروي عن محمد رحمه الله انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء
بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غيره لم يكره ثم الخبر طاب له ذلك بقضائه
وقوله ويكره الاحتكار افتعال من حكر اي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلاء وقوله
فان لم يضر فهو مكروه في الوجهين يعني في الاضرار وعدمه وقوله ويتعدى اي على القيمة تعديا
فاحشا بان يبيعوا قفيزا بمائة وهو يسوى خمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله يرى
الحجر لدفع ضرر عام كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله وليس الشرب من ضرورات الحمل
لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع
درهما عند بقال ياخذ منه ما شاء واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند للوديعة فلا
فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ويجوز ان يجعل قوله ياخذ منه ما شاء خارجا مخرج الشرط
يعني وضعه بشرط ان ياخذ منه ما شاء واما اذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو وديعة ان هلك لم
يضمن شيئا مسائل متفرقة التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند
منتهى عشر ايات واختلف في تفسير قوله جردوا القران فقيل المراد به نقط المصحف في
المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو امر بتعلم القران وحده وترك الاحاديث
وقالوا هذا باطل وقيل انه حث على ان لا يتعلم شي من كتب الله غير القران لان غيره انما يوجد

من اليهود والنصارى وليسوا بمامونين عليها وقوله وقد ذكرناه من قبل يعني في فصل القراءة
وقوله ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني قيد بهما لان في عيادة المجوس اختلافا بين المشايخ
فمنهم من قال لا باس به لانهم من اهل الذمة وهو المروي عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام
من اليهود والنصارى الا ترى انه لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة
الفاسق والاصح انه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح قال رحمه الله
ومن كان في يده لقيط لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر
في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها
او زوجها ان ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه
في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت
ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام وامها القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله واجارة
الصغار في اكثر النسخ وهو رواية القدوري وفي بعضها ولاجارة الاظار وكلامه واضح وقوله ولا يجوز
للملتقط ان يواجره تناقض قوله ولاجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية
القدوري كما مر والثاني رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظار كما مر ومنهم من
وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي بعد انا الضرورة
وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله ولا يجوز ذلك للعم يعني وان كان في حجره وقوله
ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد
وقوله ويكره ان يجعل في عنق عبده الراية راية الغلام غل يجعل في عنقه يعلم بها انه ابق قال في النهاية
واما الدابة بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق واما في زماننا فلا باس به لغلبة
الاباق خصوصا في الهنود وقوله يريد به التداوي احترازا عما لو اراد به التسمين فانه لا يباح وقوله
وقد ورد باباحته اي باباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله ما خلق
داء الا وخلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده
على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على ان يرزقها من غير
هز كذا ذكره فخر الاسلام وقوله الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم
قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء اخر غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى
قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء
عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة
فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال وقوله رحمه الله ولا باس برزق القاضي اذا قلد ان
السلطان القضاء لا باس ان يعين له رزقا بطريق الكفاية لا ان يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي
صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له اربعين اوقية في السنة والاو
بالتشديد درهما ذكروا ان النبي صلى الله عليه وسلم من اي مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين
ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل انما رزقه من الفيء وقيل من المال
الذي اخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر وقوله على اختلاف معروف
في نفقة المراة يعني على قول محمد يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول ابي يوسف لا يجب قالوا سواء على
نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة لها نفقته ما بقي عند محمد خلافا
لابي يوسف وقوله ولا باس ان يسافر الامة الى الحجرة قيل هذا كان في الابتداء اما الان فكره ذلك لغلبة

اهل الفسق **وقوله** وقد ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر في فصل الاستبرا بقوله واما الخلوة بها والمسافرة فقد
قيل يباح كما في المحارم

كتاب احيا الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية
يجوز ان يكون من حيث ان في مسايل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب للخصب في اقوات
الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وسنذكر شروطه في اثنا الكلام
وسببه تعلق البقا المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك المحيي ما احياه **قال** رحمه الله الموات ما لا ينتفع به
من الاراضي يشبه ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الما عنه او لغلبة الما عليه وما اشبه ذلك بان غلب عليه
الرمال وصارت سبخة بالميت من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي امواتا واحياوه عبارة عن جعله
بحيث ينتفع به **قوله** فما كان منها عاديا ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من ان يكون منسوبا
الى عاد لان عادا لم يملك جميع اراضي الموات ولكن يراد به ما قدم خرابه كما ذكره في الكتاب **وقوله** او كان
مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه قول بعض المشايخ وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انقرض اهلها
فهي كاللقطة **وقوله** واذا لم يعرف مالكه من تتمة قول محمد **قوله** فيدار الحكم عليه اي على القرب
مرجح حكمي يفهم من قوله قريبا **وقوله** ثم من احياه واضح **وقوله** وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب
الشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر الاذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله
عليه وسلم من قا او رعف في صلاته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي
للامام ان ياذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه عليه السلام اذنا لقوم معينين فيجوز ان يكون قوله
عليه السلام من احيى ارضا مواتا فهي له من ذلك وحاصله ان ذلك يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة
مفسر لا يحتمله فكان راجحا وفيه وجه اخر وهو ان قوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له يدل
على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه كذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا
باذن الامام وقوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك **وقوله** والاصح
ان الاول يخرجها من الثاني بيانه ان المشايخ اختلفوا في احيا الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة
فذهب بعضهم منهم الفقيه ابو القاسم احمد البلخي الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح فان له الانتفاع
به فاذا قام عنه واعرض عنه بطل حقه وعامتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه اضاف بلام التمليك في قوله
فهي له وملكه لا يزول بالترك وللقايل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب
ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان
كان به اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا ترى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك
سلب من قتله **وقوله** لتعينها لطرفه لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الرابع طريقا له
فاذا احياه الرابع فقد احيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق **قال** رحمه الله ويملكه الذمي
بالاحيا المسلم والذمي في تملك ما احيا سوا لاستوايهم في السبب والاستوا في السبب يوجب الاستوا في الحكم
كما في ساير اسباب الملك حتى الاستيلا فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلا على اصلنا كالمسلمين **وقوله** ومن
حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كونه
مفيدا للملك فمنهم من قال ملكا موقتا الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو اختيار المصنف اشار اليه **قوله**
هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جا انسان اخر قبل مضي ثلاث سنين واحياه فانه ملكه على
الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين نفي
الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك
ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وليس بحجة

وقوله

وقوله من غير ان يتم الساه هو ما يبنى للسيل ليرد الما **وقوله** وفي الاخير يريد حفر البير ورد الخبر وهو ما
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بيرا مقدار ذراع فهو متحجر **وقوله** لتحقق حاجتهم اليها دون
حقيقة يعني عند محمد او دلالة عند ابي يوسف **وقوله** على ما بينا اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الى اخره **وقوله** لا يجوز ان يقطع الامام يقال اقطع السلطان رجلا ارضا
اي اعطاه اياها وخصصه بها **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها
وقوله الاربعون من كل الجوانب يعني يكون في كل جانب عشرة اذرع لقوله لظاهر قوله صلى الله عليه
وسلم من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والصحيح انه
من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البير الاولى لئلا يحفر في حريمه احد بيرا اخرى فيتحول
اليها ما بيره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب بتيقن بدفع الضرر والناضح البعير **وقوله**
ما روينا يريد به قوله من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا من غير فصل يعني بين العطن والناضح واعترض
بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح واجيب بان ذكر ذلك اللفظ
للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الابار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكر الجميع لا انتفا
كما في قوله تعالى وذروا البيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين ياكلون اموال
اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن لغالب من اسباب الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل
على ذلك ما روى ابو يوسف **قال** حدثنا اشعث بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البير اربعون ذراعا
من هاهنا وهاهنا وهاهنا لا يدخل عليه احد في حريمه وفي مايه **وقوله** والعام المتفق على قبوله
والعمل به يريد قوله عليه السلام من حفر بيرا الا ان كلمة من تفيد العموم اولى عنده اي عند ابي حنيفة رحمه
الله من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد به حديث الزهري حريم العين خمسماية ذراع وحريم
بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من حفر بيرا للعطن
فله مما حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى واجيب بان عطنا ليس صفة لبير حتى يكون
مخصصا وانما هو بيان للحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس لانه يابى استحقاق الحريم لان عمل
الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به فان قيل فاتركوه في
الناضح ايضا بحديث الزهري قيل لا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير اليهما
بعده وهو القياس فحفظناه **وقوله** لما رويناه اشارة الى قوله عليه السلام حريم العين خمسماية
ذراع **وقوله** والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت
بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في كتاب
الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة **قال** رحمه الله فمن اراد
ان يحفر في حريمها منع منه كلامه واضح **قوله** ان لطمه اي يصلحه ويكبسه من باب يجني
زيد وكرمه في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه **وقوله** وذكر طريق معرفة
النقصان وهو ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة
مجرى الما تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز **وقوله** وبه ورد الحديث يريد به ما روي
ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء اخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب
الشجرة الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع من
واطلق الاخر في ما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه **وقوله** ومن
كان له نهر في ارض غيره ذكره في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل وارضا على شاطئ النهر لاخر فتنازعا

في المسناه فانه كان بين الارض وبين النهر حايل كالحايط ونحوه فالمسناه لصاحب النهر بالاجماع وان لم
يكن بينهما حايل قال ابو حنيفة رحمه الله هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان لصاحب الارض
اذا اراد رفعها اي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناه
لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين اما الانهار
الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في النهايه وظاهر كلام المصنف
ينافيه **وقوله** فيكون له حريم اعتبارا بالبير يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجه وهي
موجوده في النهر كهي في البير والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وله ان القياس يا باه يعني قوله
ولان القياس يابي استحقاق الحريم الى اخره وفي البير عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في
الاصل فلا يصح تعديته **وقوله** والحاجة الى الحريم فيه اي في البير جواب عما يقال هب انه على خلاف
القياس فليلحق به بالدلاله ووجهه ان الالحاق بالدلاله انما يكون للاعلى بالادنى والمساوي
والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي في البير يعني القلب فوق الحاجه اليه في
النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم
فيتعذر الالحاق **وقوله** ووجه البنا الى قوله والقول لصاحب اليد من جهتهما **وقوله** بعدم
استحقاقه الى اخره من جهة ابي حنيفه **وقوله** اما صورته فلا استوا بهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم
يكن المسناه مرتفعه على الارض واما اذا كانت المسنا مارتفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر
ان ارتفاعه لالقا طينه **وقوله** يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه هو الموعود بقوله
على ما نذكره **وقوله** والقضا في موضع الخلاف اي في مسئله من كان له نهر في ارض غيره قضا ترك
لا قضا ملك فلو اقام صاحب النهر البينه بعد هذا على ان المسناه ملكه تقبل بينته ولو كان قضا ملك
لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثه قضا ملك لا يصير مقضيا له فيها **وقوله** ولا نزاع فيما
به استمساك الا جواب عن قولهما وهذا لا يملك صاحب الارض ان الحرم في يد صاحب النهر باستمساك
الماء وهو واضح **وقوله** والمانع من نقضه جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه
وذكر رواية الجامع الصغير لانه تبين بها موضع الخلاف **وقوله** ليس لاحد منهما عليه اي المسناه تناول الحرم

فصول في مسايل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسايل الشرب لان احيا الموات
يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكري لان المقصود هو الماء والشفة اصله شفهة اسقطت
الها تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجله نهر
بغداد والفرات نهر الكوفه وصفة النهر بالكسر والفتح طرفه وانث ثلث في قوله عليه السلام
الناس شركا في ثلث لان الفصيح في الكلام اذا لم يذكر المعدود ان يذكر على لفظ المونث نظرا الى لفظ
الاعداد ومثله قوله عليه السلام من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث
والصوم انما يتحقق في الايام لا في الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انثه
وقوله عليه السلام شركا يريد به الاباحة في الما الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والابار
والانهار واما الكلا وهو ما لا ساق له فما ان نبت في ارض مخصوصه او انبته فيها بكري الارض وسقيها
فان كان الاول كان مباحا للناس الا ان احدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع
فاما ان يخرج له صاحب الارض او ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع
بشي منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فمن اوقد نارا في ارض ليس لاحد فيها

خو فيها ان ينتفعوا بنارها من حيث الاصطلا بها وتجفيف الثياب وان يعمل بضوءها واما اذا اراد ان ياخذ
الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم او حطب قد احرزه الموقد لئن نمائه ثبت فيه الشركه وكلامه
واضح **وقوله** الا ان يمس فيه شبهة الشركه نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس
شركا في ثلث **وقوله** حتى لو سرقه انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في
الاشيا كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب
بان الحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم الايه ولا يلزم من العمل به ابطال الكتاب بخلاف
قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانيه والزاني والسارق
والسارقه وغير ذلك فيدل على ان المراد به غير ما دلت عليه الخصوصات **وقوله** وقيل له ان يمنع
اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر ذكر في المبسوط واكثرهم على انه ان يمنع في مثل هذه الصوره لان
السقه ما لا يتضرر صاحب النهر والبير فاما ما يضر ويقطع فله ان يمنع ذلك **وقوله** ولهم ان
ياخذوا منه اي من الجدول الصغير علم من وضع المسله فيه **وقوله** في الصحيح اشارة الى الخلاف
المشايخ فان منهم من قال لا يباح ولذا الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركه ثبتت في حق الشفه
لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج **وقوله** له ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتاخرين من
ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث **وقوله** لان المناسب
دخل في المقاسم اي متى دخل في قسمة رجل بعينه **وقوله** تواخذ اي بالكليه والله اعلم

فصل في كري الانهار

لما فرغ من ذكر مسايل الشرب احتاج الى ذكر مونة كري الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت
مونة الكري امرا زايدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مونة الكري كان النهر العام اخر ذكره ووجهه
الحصر على الثلاثه ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه
خاصا من وجه اما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجله واما الاخران فقد فصل المصنف
رحمه الله فيهما باستحقاق الشفعه وقد تقدم ذلك فيها **وقوله** الا انه يخرج له اي للكري
من كان له يطيقه اي الذي يقدر على العمل ويجعل مونته اي مونة من يطيقه على المياسير
الذي لا يطيقونه بانفسهم كما في يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال
ويجعل مونته على الاغنيا **وقوله** ولا يقابله عوض يعني حصته من الشرب فلا يعارض
به اي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص ليغلب جانب الضرر العام فيجعل ضرر الاداه
ويجب السعي في اعدامه والذي الضرر الخاص **وقوله** حقه خيفة الانبثاق وبقا
بثق السيل موضع كذا اي خرقه وشقه **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الحق
لهم والمنفعه تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الابي كما في الثاني وهو قول ابي بكر الا
وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن سعيد البلخي **وقوله** فاستوت الجهتان يعني في الخصوص
بخلاف ما تقدم وهو الاختيار في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احد
الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الابي دفعا للضرر العام عن غيره **وقوله** ولا يجبر لحق
الشفعه جواب عما يقال ان في كري النهر الخاص احيا حق الشفه للعامه فيكون في الترك ضرر
عام فينبغي ان يجبر الابي على الكري دفعا للضرر عن اهل الشفه وهو قول بعض المتاخرين من مشايخنا
في ظاهر الروايه لا يجبر الابي لحق اهل الشفه حتى لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون
على الكري لحق اهل الشفه **وقوله** ومونة كري النهر المشترك ظاهر **وقوله** فلا يلزمه

انتفاع غيرهم قال في النهاية الصواب غيرهم لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لايحصون يعني كانوا
مجهولين

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما فرغ من بيان مسائل الشرب بجملته بفصل يشتمل على مسائل الشرب يجوز دعوى الشرب بلا
ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لايقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام
المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لاتقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره
في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه لم يكن له ذلك وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن مستعملا
باجرائه ماءه فيه او لم يكن اشجاره في طرفي النهر فعليه اي فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي
رقبة النهر او انه قد كان يجريه في هذا النهر لسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا
النهر فاذا اقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول وحقا مستحقا فيه يعني في الثاني فالثابت
بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله بحكم الاختلاف فيها اي اختلاف المدعيين في الامور
المذكورة نظيره اي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لان لا انتفاع بسقيها فينتفي بتقدم
معارض بانهم قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في
الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد على الماء انما هو للانتفاع بالماء ومن له عشر
قطاع لايكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله لم يكن له
ذلك اي لم يكن لصاحب الاعلى السكر لما فيه اي في السكر ابطال حق الباقين ولكن يشرب من حصته يعني
من غير سكر وقوله الا انه اذا امكن من ذلك يعني اذا اصطلحوا على السكر ليس لهم ان يسكروا بسكر بما
ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا امكنه ان يسكر بلوح او خشب او باب لكونه اضرارا بهم بمنع
ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يمكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء
يبدا اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكر الا ان في السكر احداث شيء في وسط النهر
المشترك فلا يجوز ذلك لما فيه من حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم ان يمنعوا
اهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه اهل اسفل النهر امراء على اهل اعلاه حتى يرووا
لان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن لزمك طاعته فهو اميرك وقوله
والدالية والسانية نظير الرحى الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز وفي راسه مغرفة كبيرة
يسقى بها والسانية البعير يستقى من البير والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب
والالواح والقنطرة مما يتخذ من الخشب والحجر والاجر موضوعا لا يرفع وكذا لكل تحد به في ملكه مشترك
ولا يملك الا برضاهم سواء كان منهم او غيرهم قوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى الكوة ثقب
البيت والجمع بالمد وكوى بالقصر ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر
ومعناه ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة
اذرع منه اي من فم النهر وهذا تقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح
التي فيها الكوة في فم النهر فاراد ان يؤخرها عن صفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة
النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه اي يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها الى
وجه الارض وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس منه حق في
الشرب ويزيد في المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله ساكنها غير ساكن هذه الدار لانه لو كان
ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب
مناصفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف النهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت

مابدالي

مابدالي منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع
بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في المدة وربما يتضرر ذلك لصاحب السفل وقوله لانه
اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتحدد بجعل ما تراضيا عليه
مبادلة فكان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء وقوله
والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الوارث خلف الميت فيقوم مقامه في املاكه
وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى ان القصاص والدين والخمر
يملك بالارث والذي لم يملك بالبيع ونحوه والوصية اخت الميراث وقوله بعينه احترازا عن الايصاء
ببيع الشرب كما يذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود فاذا سماه في النكاح
صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل
الصلح فالمدعي على دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله
الاصح اشارة الى وجود الاختلاف قال العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال
السبيل في ذلك ان يقال للمقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال
بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشترى مع
الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا له
ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك واختار
المصنف رحمه الله ما ذكره في الكتاب وقوله او يخرجها هاهنا قال في الصحاح نزت الارض
اي رشحت الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه يلوح الى انه اذا كان متعديا يضمن وعدم
التعدي انما يكون اذا اسقى ارضه سقيا يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان الكلام اجاره
يتقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل والله اعلم

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته
لاحياء الموات ومن محاسنه بيان تحريمها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك
معرفة الله وشكر انعامه فان قيل لو كان كذلك لاباحها للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب
بان السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله لئلا نقع في المحظور
ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود اجيب اما بان
الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما التدريج الضاري لئلا ينفروا من الاسلام وسمي هذا الكتاب
بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال
رحمه الله الاشربة المحرمة اربعة الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد
والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قيل يريد
به مالكا والشافعي رحمهما الله وقوله فيما ذكرناه اشارة الى النيء من ماء العنب وقوله
في غيره اي واشتهر في غير النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلا
والباذق والمنصف وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون
قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به
بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة
قطعية وما يدل عليها ظني وقوله وانما سمي يعني غير النيء خمرا لتخمره اي لصيرورته مرا

كالخمر لا المخامرة جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لا
بنا في اختصاصه بالني من ما العنب لجواز ان يكون المشتق مخصوصا كما قال النجم مشتق
من نجم اذا ظهر ثم هو مخصوص بالثريا وكالقارورة مشتقة من القرار ولا يستعمل في
الكوز وان وجد في القرار وانظاره كثيرة **وقوله** والحديث الاول يريد به كل مسكر
خمر روي عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست ثابتة عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم احدها قوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس
ذكره فليتوضا والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل
كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث **وقوله** والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين
اريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو
اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق **وقوله** وقيل يوجد في حرمة
الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا يعني وفي الحد يوجد بقذف الزبد احتياطا ايضا **وقوله**
وهذا لان اكثار حرمة عنها اظهر من المنكر والتكالة قايل لاحرمة السكر منه لانه يجحود الكتاب يعني
قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرناه لانه على ذلك
في الاشراق شرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطلب ثمة **وقوله** وقد جاءت السنة متواترا
معنا ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد
التواتر بالمعنى **وقوله** وهذا من خواص الخمر يعني دعا القليل والكثير قال في المبسوط ما من طعام
وشراب الا وله في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها
وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني ما روي ابن عباس رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم
حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يبيح التخليل بمعنى الخامرة
لتغديه اسمها الى غيرها **وقوله** حتى لا يضمن متلفها لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا في انها هل
يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب خيف عليه الشرب واما اذا كانت عند صالح
فلا يباح لانه يخللها **وقوله** والسابع حرمة الانتفاع بها يريد انها لا يتداوى بالاحتقان وسقي
الدواب والاقطار في الاحليل **وقوله** لان حكم القتل قد انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم
لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاثة الحديث **وقوله** على ما قالوا قال شيخ الاسلام
خواهر زاده لم يذكر محمد رحمه الله انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال
ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو الني من ما العنب وهذا
ليس بني **وقوله** والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق اي هي
العصير الذاهب اقل من ثلثه ويسمى المنصف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر
والعصير الذاهب اقل من ثلثه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق وغير المنصف لكانت
الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم
من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا
لقال ايضا **وقوله** وهو الني من ما التمر اي الرطب انما فسر الرطب بالتمر لان المتخذ من التمر
اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما سيجي
وقوله فهو حرام مكروه اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر
لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر **وقوله** ويدل عليه ما روينا من قبل

يعني

يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة **وقوله** والاية محمولة
على الابتداء اذا كانت الاشربة مباحة لان الاية مكية وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون
المراد بالاية الامتنان كما قال الخصم وقيل اراد به التوبيخ معناه انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا
حراما وتدعونه رزقا حسنا **وقوله** وقد بينا المعنى من قبل يريد به قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب
الى اخره **وقوله** غير ان عنده يعني عند ابي حنيفة رحمه الله يجب قيمتها لا مثلها كما اذا اتلف المسلم خمرا
لذمي على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام واورد رواية الجامع الصغير وهو قوله وما سوى
ذلك من الاشربة اي ما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلا وهو
الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره **وقوله** وقال فيه يعني في
الجامع الصغير **قال** رحمه الله ولا باس بالخليطين الخليطان ما التمر والزبيب اذا خلطا فيطبخ بعد ذلك
ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد والبجوه التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته **وقوله** محمول على الشدة وكان
ذلك في الابتداء يعني ان النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر
الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل ياكل احدهما ويوثر بالاخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده
النعم اباح الجمع بين النعمتين **وقوله** قيل لا يحد هو قول الفقيه ابي جعفر **وقوله** وقد ذكرنا الوجه
من قبل اشارة الى قوله لان قوله لا يدعو الى الكثير قيل ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله
عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست متخذة مما هو اصل الخمر وقيل اشارة الى قوله
بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وباقي كلامه واضح **وقوله** وعن محمد مثل قولهما اي
مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف مذكور في النوادر ولنا اي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض
النسخ ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف **وقوله** ولان المفسد اي للعقل هو القدح المسكر وهو حرام
عندنا لا ما قبله فان قيل القدح الاخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا
اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما
اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح
الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا **وقوله** وانما يحرم القليل منه اي من الخمر جواب سوال يمكن
تقريره على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر
كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون قليله وكثيره وهذا واضح ووجه
الجواب على الاول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطي القليل حكم
الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح **وقوله** والحديث الاول يعني قوله
كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير **وقوله**
والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم
من يسميه ابو يوسفي ويعقوبي لان ابا يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من يسميه بختجا
وحميد يا فانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط لاباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه
ادنى طبخة اختلف المشايخ فيه واختاره المصنف **وقوله** او يذهب منهما يعني تارة يذهب
الماء اولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث
لانهما اذا ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا الثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب
الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي
العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق **وقوله** فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب اي على القطع

والنبات **وقوله** يكتفي بادنى طبخه في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية الحسن عنه وانكرها المتقدمون من مشايخنا فقدروي الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول لانه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا الصحيح لما ذكره في الكتاب **قال** رحمه الله ولا باس بالانتباذ في الدباء **حـ** وزاكثر اهل العلم الانتباذ في الدبا وهو القرع والحنتم وهي الجرار خضر وحمر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحد حنتمة وهو المزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير هو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاثة عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحوم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلاثة ايام فامسكوه ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدبا والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكن انما ينتبذ فيها ان كان فيه خمر ابعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لانها لا نبذة تشتد في هذه الظروف اكثر مما تشتد في غيرها فيصلحها على خطر من الوقوع في شرب المحرم **وقوله** واذا تخللت الخمر يعني انخل الخمر حلالا عندنا سوا تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان كان التخليل بالقاء شي فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما القي في الخمر يتنجس اولا فانه الخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شي من ذلك ودليله على الحلال وجهين ما ذكر في الكتاب ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل وهو يتناول المخلل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفرا وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر **وقوله** وكذا الصالح للمصالح يكون معناه المخلل صالح للمصالح والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ **وقوله** والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لا نسلم انه على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك باذا اراقة جايز فبالتخليل اولى لما فيه من احرازمال يصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة والله اعلم فان قيل فما تصنع في قوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن اريقها حين ساله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روي انه عليه السلام نهى ان يتخذ الخمر خلا **اجيب** عن الاول بان ذلك في ابتدا التحريم قمعا لهم ان يحوموا حول الخمور كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرم ويوضحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم فقال صلى الله عليه وسلم اليس كانوا يامرون وينهون فتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك ففسر الاتخاذ بالاستعمال درديّ الخمر وغيرها ما بقي في اسفله ومعناه يحرم شرب درديّ والانتفاع وانما خص الامتشاط لان له تاثيرا في تحسين الشعر **وقوله** لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر خلافا للشافعي فان الشرب جزء من الخمر فيجب الحد لحدوثنا الى اخره والصحيح

يجوز ان صح

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما للابقاء على حله الذوق مكيال للشراب وهو عجمي **وقوله** وان كان يذهب ابدا معا فعلى الجملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية كان محمد رحمه الله علم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء ان كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل **وقوله** في الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا **وقوله**

يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان تجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب بحل كان لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب من ستة ومن اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل **وقوله** وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء ويبقى الباقي ثلثا العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعد ما صار مثلثا سوا **وقوله** يحل لانه اثر النار ومثاله لو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلث اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا باس به لكنه لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فهو ما لو صار مثليا والنار تحته سوا وهذا بخلاف ما برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شي فانه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما **وقوله** بانه عشرة ارطال العصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل وهذا لان الارطال الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شي تسعة ارطال فعرفنا ان الكل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلثة ارطال فهذا في المعنى ثلثة ارطال وهذا اتساع وثلثة اتساع رطل يكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل **وقوله** ولها طريق اخر فيها هو ان تجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة ارطال الحرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل فاذا ارتق ثلاثة وثلاثة حلال وهو ثلاثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا ارتق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال والحرام وكان الذاهب منهما على السوا فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو زمت زيادة الاكتشاف فلجعل كل رطل سبعة لاحتياج الحساب الى ثلثه ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد ارتق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتنا بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصايد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون الطهارة الحلاوة وقد يكون للتفرج والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لا للصايد اما ان يكون محرما او لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرام فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصايد وهو ان يكون من اهل الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوايمه وان لا يكون متقويا بانيابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل

الذبح كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلية بغير
على انه لو انشق بعضه لم يحرم لجواز اشتغاله بعمل الكل ادرك حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا الكيه فذبحه فهو
صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
فان ادنى مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على
الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد
البحر كان انسب واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم
يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد وللفاضل تقدم على
المفضول قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم ه يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد
المعلم والبازي المعلم وساير الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذيب والدب والخنزير
لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل احد فلم يستثنه واما البواقي فان امكن تعليمها
جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا
ياكلانه في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم انه ترك عادة او تعلما ولان التعليم
لان يمسك للغير والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته واستثنيا ورد هذا استثناهما
ابو يوسف والحق بعضهم الحداة بالدب لمعنى الخساسة وانما اورد رواية الجامع الصغير
لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري
يدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في
جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف
على قوله احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه تكلف لان القران في النظم
لا يوجب القران في الحكم والجواب انه كذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا
قد دل لان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا احل لهم فان لم يكن
وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح
شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وحينئذ لم يرد الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح
الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين
وغيرها قال الله تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تاويل لانه في تاويل اخر
هي التي تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التاديب
غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد انه لا يجوز
الاصطياد الا بالكلب مستندا بلفظ مكلبين واستدل المصنف على صحة التاويل بعموم حديث
عدي بن حاتم وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام
في دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف متعلق
بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان آية تعليمه ترك ما هو مالوفه عادة وقيل
فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه
وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخبار قيل اراد به حكاية
موسى مع الخضر عليهما السلام لا ترهقني قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله

كما هو في اصله في جنسها اي اصل ابي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو جنس الغرم وحد التقادم
وتقدير ما غلب في نزح ماء البير المعينة وقوله انه آية تعليمه عنده ان ترك الاكل علامة تعليمه
عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بظن يحصل بامساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا انه
يمسكه على صاحبه وقد اخذ بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية
الزيادات فانه قال لو قتل الكلب والبازي الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى
على ظاهر الرواية وقوله في تاويل يعني في تاويل غيرها اولناه اولا وهو قوله والجوارح
الكواسب في تاويل وذلك لانه ما يكون خارجا حنيفة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع
في الاية بين التاويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل ان النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني
فان كان بينهما تناف يحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا
بالمتيقن كما في قوله تعالى لا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح
انهما مرادان لانه لا تنافي فهنا وفيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به
الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز غير جائز عندنا لا
يكون بخلاف قوله تعالى ما خلق الله تعالى في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي وقوله وفيه
اي في الجارح الكاسب اخذ باليقين وقوله رجوعا الى التاويل الاول يعني ما سبق من الكواسب
وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا تنافي بينهما وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك
والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي رضي الله عنه فان قيل
روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك
دليل واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك
عليهم ان لا ياكل منه ومن اكل منه دل على انه امسك على نفسه وقوله على التفاصيل الذي بيناها ابتدا اراد
ما ذكر انه يحل عندهما ما اصطاد ثالثا الى اخره وقوله واما الصيود التي اخذها الخ هاهنا قبل
واضح وحاصل ذلك في الحرز الذي لم يوكل ان ابا حنيفة رحمه الله حكم بجهله مستندا ومما يتناول
بالاقتصار على ما اكل الا انما احرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد
اخر مثله بعده والجواب ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل
ذلك ينقض باجتهاد الاخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال ابو حنيفة رحمه الله اقرب الى الاحتياط
وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيئا من صيوده المتقدمة والحكم فيه كما في الخلاف
اذا تصادقا البايع والمشتري على جهالة الكلب وقوله ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم
صاد يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يوكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفا
الارسال ومسالة الوثبة في الكتاب معلوم وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين
ما اذا اكل بعد ما قتل الصيد كما خرج عن الصيد به باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بتثله واجيب
بانه اذا لم يتعرض بالاكل في اذا اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على نفسه قال رحمه الله وان ادرك
المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه ه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلو اما ان تمكن من ذبحه
او لا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يوكل سواء كانت الحياة فيه بينة او خفية والذبح حل
في قول اصحابنا جميعا وكذلك حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل ذلك فبطل البدل
وان لم يتمكن من ذبحه لعدم آلة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في
المذبوح اولا فان كان لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يوكل

وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الغرض انه لم يتمكن من الذبح
فصار كما راى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد
قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن
من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر
الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه
فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على المذبح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح بل بقدر ما يكون
فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع
وهو ميت والميت ليس بمذبوح اي ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح ه
وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن
لفقد الآلة لم يوكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يوكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن
زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا او قلنا وقع في يده وهو حي حقيقة
وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما يكون الحياة فوق ما يكون
في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح
بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع للذبح فكان عدم التمكن متصورا
وهذا اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن خ لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان يتفاوت
متوهما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقي ه
اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هو قول ابي بكر الرازي
هذا قولهما اما عند ابي حنيفة فلا يوكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى
المتردية اي اعتبارا بها هذا الذي ذكرنا انه لا يوكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه اذا ترك
التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر
الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم
استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف لا بد من حياة بينة وهو ان يكون بحال يعيش فاما اذا لم
يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو ان يكون بحيث
يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه الجملة حياة على ما قررنا
واشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو
ادركه ولم ياخذه يريد ان المسايل المتقدمة كانت فيما اخذه الصياد وههنا ادركه وقوله على ما
ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا واذا ارسل كلبه على صيد يعني صيدا معينا فاخذ غيره حل
يعني ما دام في وجه ارساله وقوله ولنا اي شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول
الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا
اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصايد او الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه
على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله على ما بيناه يعني في اول كتاب الذبائح حيث قال
يشترط عند الارسال والرمي وقوله ولهذا يشترط التسمية عنده اي عند الارسال وقوله
فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا
وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلاثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ
والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة

لانه

لان جهة الحل ارجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث انهما لم يشتركا في شيء لكن الثاني اشتد اي حمل على الاول
حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وانما اثر في الكلب
المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع قال
واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوي دون الادنى
فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه
عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة
النص بانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسله مجوسي
فزجره مسلم فانزجر لم يوكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اي بالزجر شبهة يعني في
الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فاولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر
المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث الذكر واحد غير مشروط لحل الصيد بخلاف الارسال
وقوله لانه ان كان دونه يعني الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث
كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متاخر فجعل ناسخا وقوله وبده اي جرحه جراحة
اثخنته وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة
الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان تلتحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب والجواب
انه تعذر دفعه وما تعذر دفعه تقرر عفوه وقوله بجرح الكلب الاول لان الصيد بعد ما يخرج
عن الصيدية كانت ذكاته بعد بالذبح في المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة
ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة **فصل في الرمي** لما فرغ من بيان الالة
الحيوانية شرع في بيان حكم الالة الجمادية والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه
او ارسل كلبه او بازيه فاصاب صيدا ظبيا مثلا فان تبين ان المسموع حسه ادميا او بقرا او شاة لم
يحل الظبي المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه
رمى الى ادمي فاصاب صيدا فانه لا يوكل وان تبين ان المسموع حسه صيدا حل المصاب اي صيد
كان المسموع حسه يعني سواء كان ماكول اللحم او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع
حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم الا ترى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه
بخلاف ساير السباع لانه اي الاصطياد يوثر في جلده وفي رفع خبثه اي من جلد المسموع حسه ما لا يوكل
لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بما
وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا
والاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان
خنزيرا لم يثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها بان كان مما يحل تناوله
ثبت اباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور ان كان مما لا يحل تناوله ثبت اباحة جلده
فثبت ان فعله وقع اصطيادا او اباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل الذي يخرج له عن ذلك
واذا وقع اصطيادا كان كانه رمى الى الصيد فاصاب غيره قوله وان تبين انه حس ادمي قدمناه
انفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالراجن
الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلته اي بمنزلة الادمي لما بينا ان
الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان
المذكورتان في الكتاب وقوله وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما يشير الى ان كونه مما ليس حسه

ارسل صح

كول

من الصيود من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا وظنه ادميا او رماه فاصاب المسموع
حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة
وبين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس ادمي وحيوان
اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد به رمي الادمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الادمي ورمي الادمي
ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل وشمول عدمه او انعكاس الجواب في
المسئلتين وذلك انه لم يحل المصاب مع اقتران ظنه بانه ادمي ففيما اذا اقترن ظنه بانه صيدا ونحوه اولى
لانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا كما لم يحل ثمة او لم يحل ههنا نظرا الى
قصده وحل هناك لذلك اجيب بان الفرق بما اشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه
اي تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة الاولى اصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى
المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه
الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد
فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان
الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد حقيقة والظن اذا وقع مخالفا للحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل
اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله على ما بيناه يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح
في ظاهر الرواية الى اخره وقوله فتحامل التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت
في المشي وقوله حتى اصابه اكل قيل اذا وجد وفيه جراحة سهمه لا غير واما اذا وجد وفيه جراحة
اخرى فليس له ان ياكله ترك الطلب او لم يترك كما سيجي لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب الحل والاخر
يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي رحمه الله يوكل لانه ظهر لموته سببا وهو ما كان
معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب كان محالا عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما وهو الموهوم في هذا كالمتحقق كقوله
صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قال الحجر اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال
من اين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته
اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال عليه السلام لا ادري لعل هوام الارض قتلته
الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله ولان
احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق واذا كان في طلبه ايضا اجاب
بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك
ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن بوار يكون بسبب عمله وقوله
والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان رأى فيه اثر سبع
واحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم كذلك وكانه بنى الامر على الغالب لانه اذا بات قعد عن طلبه غالبا
ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه
السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه عليه السلام قاله لما حال بينه
وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل
الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قدمناه والخلاف فيه
وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف
وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها

فلا يحل

فلا يجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء كلامه واضح وهو
في المغني مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سياتي وقوله وكذا السقوط من علو وفي
النسخ من علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله وان وقع على الارض
ابتدا اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجي وقوله
وذكر في المنتقى يريد بيان انما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله او صخرة فاستقر
عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر
عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق
بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما اصابه من الارض لو وقع عليه
وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسالة روايتان وهذا اي ما فعله
شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يخرج الى الفرق
بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكر انه في معناه وقوله
كما اذا وقع اي غير المائي في الماء وقوله ما اصاب المعراض بعرضه المعراض اسم سهم لا ريش له يمضي عرضا
فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله اذا لم يخزق بالزاي المعجمة
خزق المعراض اي نفذ وبالراء المهملة خطا وقوله ولذلك ان جرحه يعني اذا رماه فجرحه
فان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يوكل لاحتمال ان قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل
والمروة حجر ابيض رقيق كالسكين واللهم يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا
ايذانا بانه بلغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل الاجاده وقول ابي القاسم الصفار رحمه
الله ووجهه ان الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل لا هو قول ابي بكر الاسكاف لوجود
الذكوة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يويد بعض
ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال رحمه الله وان
رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا
يوكل العضو ان امكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن اكلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى
ان مات الصيد منه اكلا لانه مبان بذكوة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه
كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكوة الاضطرار
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت ووجه الاستدلال انه ذكر الحي
مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه
الصفة يعني ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحياة به واما حكما فلانه يتوهم
حياته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي لكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة
بهذه الصفة لم يوكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ابين بالذكوة ذكره ليجيب عنه
بقوله قلنا وتقريره سلمنا انما ابين بالذكوة يوكل ولكن لا ذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو
ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعد الفرض
بعد ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده ولهذا لو وجد
وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح والذكاة ذكوة
بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تاثيره في موته لفقد
الحياة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكاة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع

اجاب بقوله ولا تبعيه يعني الاقل يتبع الاكثر اذ الرتبع فصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعيه والاصل المذكور في الكتاب ظاهر **وقوله** والاكثر مما يلي العجز احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الراس فانه يوكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث مما يلي العجز لم يتبع الفعل كونه لعدم قطع الاوداج وانما وقعت عوته والجزء مبان عند ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الراس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقي طاهر **وقوله** ولا يوكل صيد المجوسي مبناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفار ليس باهل للذكاة الاختياريه ولا بد منها في اباحة الصيد

فصل

قال رحمه الله ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذاك ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا والاول على الاوجه فاذا رمياه معا فاما ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا فان اصاب فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني اولا والثاني كذلك فانه اما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول وبعده فان كان الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثاني غير مذكور في الكتاب وانما اذكر ذلك تكملة للافادة فان رميا معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويوكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيجعل متناولا له اعتبارا لحالة الرمي فانه كان صيدا حالة رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكوة واصابت الرميتان معا فاستويا في السببيه وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه اي ضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصابه سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل اكله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر له الاتصال والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالحل نتيجه ولهذا نعتبر التسميه حال الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر وللملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني وهو طاهر وان رماه الثاني بعد ما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو للاول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل اكله واما المذكور في الكتاب فقد اعمل المصنف رحمه الله في بيانه ونشير الى بعض الفاظه ان خفي فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يوكل **وقوله** وان علم ان الموت حصل من الجراحتين ولا يدري بالحد قال في الزيادات الى آخره بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يوكل لان احد الرميتين تعلق بها الخطر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة الجهالة وهي ان لا يدرى ان الموت حصل بابهما الصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما فيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه **وقوله** وان كان رماه الاول ثانيا يعني ان ما تقدم كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة الى آخره يعني لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله والباقي الى آخره واضح والله اعلم

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداين والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره

ومشروعيته

ومشروعيته وحكمه مذكوره في الكتاب وسنذكره شيئا فشيئا فاما تفسيره فما ذكره الرهن لغة حبس الشي باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشي محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه اي استيفا الحق من الرهن يعني المرهون كالديون وهو احتراز عن الرهن بالخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص واما مشروعيته فقوله تعالى فرهان مقبوضه وهو جمع رهن كعباد في جمع عبد وبما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو انه عقد وثيقه لجانب الاستيفا فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وطرف الاستيفا لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقه لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزه فكذا الوثيقه التي تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفا هو المقصود والوجوب وسيله اليه **قال** الرهن ينعقد بالايجاب والقبول لان ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي او ما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت وهو لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقال لو اراد به شيخ الاسلام خواهر زاده الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع والرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما اثبت من اليد شيئا عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقه وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا الدين عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيفا ما يكون ابتدا والرهن ليس كذلك **وقوله** والقبض شرط اللزوم كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفه وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك رحمه الله يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقه فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزا يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر اي فليصم وكما في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به في حق الكتبة لو يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الداين بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربا فكذا ههنا وفيه بحث من وجه الاول ان قال ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثاني انه يجوز ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فيصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان فيصا شرطا لجواز والاباحة اللزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان لانه متروك الظاهر لان ظاهرها يدل على الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ذلك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا

لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حط الاستعمال
هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث انه الدليل الالزام
ما لك حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك لان الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف
التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال
بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون المصنف
قد اختاره واما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصوده وقد ذكرنا انه الوجوب
انصرف اليها وعن الرابع بانا لا نسلم ان متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان المخصوص الماوله
متروك الظاهر وهي عامة الدلايل هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم **وقوله**
ولانه عقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح **وقوله** ثم يكتفي به بالتخلية يريد
به رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح **وقوله** لانه اي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتدا
لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه
لا يكتفي فيه بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل كذلك المرهون وفيه
نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من
في الضمان في الرهن عند الهلاك فينبغي التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك
رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما خلافا للشيخ خواهر زاده قياس وجه الظاهر ان القبض في
الشرا ناقل للضمان من البايع الى المشتري لان المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمون على
البايع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على البايع بالثمن وبالتسليم
اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن على القابض ابتدا **وقوله** الاولى وجه الظاهر اصح لان الرهن
توثيقه لجهة الاستيفا وحقيقة الاستيفا تثبت بالتخلية بان يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فلان
جهته اذ الحقيقة اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوضع المذكور في
وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشرا ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتدا فلا يكاد يبين
قال رحمه الله فاذا قبضه المرتهن محوزا ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان
المنصوص يعتني بشانه وذلك يقتضي الكمال والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا
متميزا فيجب ذلك **وقوله** محوزا اي لم يكن تمر على روس النخل دونها **وقوله** مفرغا احتراز
عن عكسه **وقوله** متميزا عن المشاع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم
وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم او الجواز بالقبض
اذ المقصود وهو الاستيفا لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه
وقال الشافعي رحمه الله هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شي من الدين لقوله صلى الله
عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها ثلث الفاظ ثلث لصاحبه غنمه اي زوايده وعليه
غرمه اي عليه هلاكه قال ومعناه لا يصير اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة
بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه على موضوعه بالنقض فلنا قوله عليه
السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك من لا اساك او من المطالبة برهن
اخر لان الاول مشاهد فلا فايدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحق له ولانه ذكر الحق في
اول الحديث منكرا لان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما
الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي الكلام

يكون

يكون الثاني عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والاخر كلام النبي عليه
السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن بحضرة
النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما
قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بعني اذا قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قاله
يكون الرهن بما فيه حكى هذا التاويل عن ابي جعفر **وقوله** مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان
الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة
وروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود انهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين
وهكذا روي عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه مضمون
بالدين فاختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع
والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا
ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير
ذلك فيما يرى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك
بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه بعد الاجل فقوله **وقوله** له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي
في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا الى ان ذلك
في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن
ذلك الفضل **وقوله** ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفا دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت
للمرتهن يد الاستيفا ويد الاستيفا هو ملك اليد والحبس ولان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدايم قال الله تعالى
كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسب من المعاصي ❊ وقال زهير ❊
❊ وفارقتك برهن لا فكاك له ❊ يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا ❊
اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان
ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدايم قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن
والجواب بانه لما دام وتابد بنفي الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما
ابد بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بايجاب ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انبا الرهن عن
الحبس الدايم والاحكام الشرعية ينعطف على وفق الانبا فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي
منبئا عن الحبس الدايم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولكن هذه القضية عند ذلك
ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفا ومعناه ان الرهن موصلا اليه اي الى الاستيفا وذلك
اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن
الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى دوام الحق لان الراهن يخشى ان يجحد الدين لان يجحد المرتهن الرهن
لان قيمة الرهن قد يكون اكثر من الدين فيحتاج الى ايفا الا قل لتخليص الاكثر وليكون عاجزا عن الانتفاع
به او يضجر عن المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الراهن ملك اليد والحبس فيتم اليها **قوله**
واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفا من وجه لان الاستيفا
انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لانتفا احتمال النقض فلو لم يسقط
الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الادا بالنسبة الى اليد وهو ربوا بخلاف ما اذا كان الرهن
قايما لانه ينقض هذا الاستيفا اي الذي بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الادا فان قيل فاجعل
الهلاك كالرد في نقض الاستيفا فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفا الا ترى ان المبيع اذا هلك قبل

قبل التسليم فانه لا يقدر استيفا الثمن بل ينقض الاستيفا به اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن
رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على
وجه لا يودي الى الربوا وهو ان يستوفي رقبة لا بدا اجاب بقوله ولا وجه الى استيفا التابع
وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور **وقوله** والاستيفا يقع بالمالية
جواب عما يقال لو كان الرهن استيفا لكان اما العين الدين او لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين
واستيفا الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن بيد للصرف والمسلم فيه جايز والاستبدال بهما
غير جايز ووجه الجواب انا نختار الاول **وقوله** ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة
او المالية والاول مسلم وليس الاستيفا من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة اما نه حتى كانت نفقة المرهون
على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرا الا شتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان
قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفا يقع بها
وقوله وموجب العقد جواب عما قال الشافعي الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط
بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفا كما ذكرنا وذلك يتحقق الصيانة
لا محالة وفراغ ذلك الراهن من ضرورته كما في الحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب
وان كان فراغ ذمة المحيل من ضرورته فلا ينعقد من به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية
لا للوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالي وهو ان المستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر بالاجرة المعجلة بمنزلة
الرهون حتى اذا مات الاجر كان المستاجر احق به من ساير الغرما ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب
بان يد المستاجر بعد فسخها ليست يد استيفا لان يد الاستيفا هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين
المستاجرة لاستيفا المنفعة لا لاستيفا الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه
به بدون الغرما فلانه كان مخصوصا قبل الفسخ لاستيفا المنفعة وبعد الفسخ بقي الاختصاص في حق
استرداد الاجرة **قوله** فالحاصل الى اخره واضح **قال** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون **قيل**
ذكر مضمون لان كل دين مضمون **وقيل** هو احتراز عن دين سيجب كالرهن بالدرك وهو ضمان
الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفا كما تقدم والاستيفا يتلو الوجوب
واما صحته بالدين الموعود فسيجي الكلام فيه **وقوله** ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ الذي يدل على الحصر
صحة رهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشرا وقيد بقوله بانفسها احترازا
عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول يصح بكل حال والثاني اما ان يكون بغير مضمون
والثاني غير صحيح كما في الودايع والعواري والمضاربات والشركات والاول اما ان يكون بنفسها وهو ما يجب
عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او
القيمة كالمبيع في يد البايع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله لا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل
عليه للاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمه واجاب المصنف رحمه الله بقوله
ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة
دين ولهذا تصح الكفالة به اي بالعين المضمون بنفسه **وقوله** وان كان لا يجب الا بعد هلاك
العين لكن عند الهلاك تجب بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من
من المالك فيكون رهنا بعد وجوب سببه جواب عما اختاره بعض اخر من المشايخ وتقريره ان سبب
وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة **واعترض** بان صحة الكفالة
لا يستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلي ولا الرهن ولهذا

بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح ان يقال فولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد
سبب وجوده او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ملحق
وقوله ولهذا يجوز ان يكون توضيحا على كلام التخريجين اما على الاول فتقريره وكون الموجب الاصلي
لما كان بالقيمة كان هلاك العين حال هلاك القيام القيمة في ذمته ورد العين كان تخلصا ولم يحصل واما
على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة
بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب لوجوب **قال**
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن
قيمته يوم القبض ومن الدين وقع في بعض نسخ القدوري باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى
المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح **وقوله** يترادان الفضل يعني ان التراد انما يكون
من الجانبين **وقوله** كما في حقيقة الاستيفا مثل ما اذا اوفاه الدين دراهم في كيس وجعله في لف فانه يصير ضامنا
قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا **وقوله** ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها انا
لو لم تجعل الزيادة مرهونة ادي الى الشيوع او لم تعد ما تعلقها عنه **وقوله** ولا ضرورة في حق
الضمان لان بقا الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان
على المرتهن كما سيجي **وقوله** والمراد بالتراد فيما روي حال البيع يعني توفيقا بين حديثي علي فانه روي عنه
رضي الله عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن
باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زايدا يرد الراهن زيادة الدين **وقوله**
كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الحبس من ادب القاضي **وقوله** واذا طلب المرتهن دينه واضح
وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان استيفا الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة
من حيث انه استيفا حقيقة قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن في زمان لم يجب على المرتهن تسليمه
وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه **وقوله** لانه يتضرر
به زيادة الضرر ولو يلتزمه يعني المرتهن ولم يعتبر هنا احتمال التكرار الاستيفا على اعتبار الهلاك لانه
موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تاخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول **وقوله** لا اطلاق الامر
يشير الى انه لو قيد بالنقد لا يصح بيعه نسية **وقوله** لانه لا قدرة له على الاحضار لان الرهن بيع بامر الراهن
فلم يتولد قدرة على احضاره **وقوله** وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف احضار الرهن لانه اي الرهن صار
دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن
وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتدا لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن بافل من
من الدين لم يسقط من دين المرتهن شي فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل اوضعه على يد عدل
وقوله الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثنا من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو
دين جوابا عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل
كذلك ذلك ووجه ما ذكر ان ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه **وقوله** كما يكلف
احضار الرهن لاستيفا الكل يكلف لاستيفا النجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة
الى ذلك واليه اشار بقوله لاحتمال الهلاك **وقوله** ثم اذا قبض الثمن يعني ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا
قبضه وجب احضاره لاستيفا النجم لقيامه مقام العين **وقوله** وهذا بخلاف ما اذا قبل اشارة
الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الى اخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن
على الادا بدون احضار شي بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطا حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث

سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة ههنا كالثمن وهي ليست في يد المرتهن
فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة اجيب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية
فيجبر الراهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانهما انفسخا وجعل الثمن رهنا
ابتداء لما مر فافترقا وفي النهاية بعد جعل قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله تكلف لاستيفاء نجم قد حل وجه
هكذا اي في مسئلة القتل يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن
عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم ينتقض شيا قال
وان كان الرهن في يده اذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس
الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد
استرد الراهن ما قضاه لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم
وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير
ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا والثابت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك
فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة
بعد الابراء يرد المستوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس
كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء
فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين عمن عليه لغو وقوله
على وجه الفسخ احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اي الرهن
بقي مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين
باقيا واذا ابرا عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين ينعدم
الحكم بعدم احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس
كذلك كما مر فكان الكلام منتقضا اجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال الاستحقاق المؤدي يوجب
بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقق لاسيما اذا لم ينشا عن دليل وقوله ولو هلك في
يده يعني اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله
وليس للمرتهن معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن ولا انتفاع به قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن
بنفسه كلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة الا ترى ان المراة اذا ارتهنت وسلمت الرهن
الى زوجها لم تضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا ساكن الاب وخرج الاب عن المنزل وترك المنزل
على الابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي يامر المرتهن بان ينفق عليه
فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن
في قول زفر وقال ابو يوسف رحمه الله النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح
وقوله وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن كجعل الابق او لرد جزء منه كمداواة الجراح
وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال في شرح الطحاوي لو شرط للراهن
شيئا على المرتهن للحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق
بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم
على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه استحقاق جزء من الارض
فيكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما ارتهن ارضا عشرية مع شجر
او زرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق في جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في

الاستحقاق

الاستحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر لا ينافي
ملكه في جميع ما رهنه الا ترى انه لو باعه جاز ولو ادى العشر من موضع اخر جاز فصح الرهن في الكل ثم
خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق لانه ملك المستحق
ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع قوله وما اداه احدهما مما وجب على
صاحبه يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب
على الاخر فان كان بغير امر القاضي فكذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية
القاضي وقد قيل انه بمجرد امر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص
لان امره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شيء منها بالانفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق
حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة
رحمه الله ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي
على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة رحمه الله لو نفذ عليه امر القاضي حال
حضوره يصير محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة والله اعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل
انما يكون بعد الاجمال قال ولا يجوز رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسده
يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه ما لا يكون الركن فيه
مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز
وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليلا لا اجمالا دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر
دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم
كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت الاستيفاء على ما تناوله
العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو
المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير
المرهون فكان اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المصنف دليل الشافعي
بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه فتقرير كلامه ان
حكم الرهن للبيع والمشاع يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا
كان العقد مفيدا وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه لانه الحبس
الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود
وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع
فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اي كل ما مر من قوله الا مقبوضة دليل
بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود
فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد لربما يجحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق
واما بالنظر الى النص فلانه لما اوجب القبض اوجب بقاءه لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء
فيه سواء كالمحرمية في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا
يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان الدوام الحبس لازما لحكم
الرهن وهو يفوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه قال

احدهما ينبني على حكم الرهن والثاني ان موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه **وقوله** ولا يقتضي اليه اي الي دوام الحبس من تمام الدليل يعني ثبت انه لابد من الدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع لانه لابد من المهاياة فكانه يقول له رهنتك يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم من فيفوت الدوام الواجب تحققه ولهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع يساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره **وقوله** ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطاري ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض او اذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح **قال** ولا رهن ثمرة على رؤس النخل دون النخل هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته فان الاصل الجامع ان اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره **قوله** وبخلاف المشاع يعني الدار يعني اذا رهن دارا مشغوله بامتعة الراهن لم يصح الرهن لاتصالها لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض الا ترى انه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل الثمار ويدخل في الرهن لم تدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخل بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل الثمار ويدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة **وقوله** ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن بان رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزءا معينا غير شايع او كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع فكان جايزا وان كان الثاني تبين ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع **وقوله** حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر يعني قالوا المشايخ اذا رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا **وقوله** ولا يصح الرهن بالامانات قد تقدم ذكره **وقوله** والرهن بالدرك باطل قد تقدم من غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بالدرك ان يبيع شيا ويسلمه الي المشتري فخاف المشتري ان يستحقه احد فياخذ من البايع به رهنا بالثمن لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب لم يستحق المبيع اولا واما الكفالة بذلك فهي جايزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فوايد الضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البايع عند استحقاق المبيع ضمن البايع ذلك اولا لانه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض البيع واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما او لم يقض وهذا بناء على ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضى البايع او قضاء القاضي لان احتمال اقامة البايع البينة على النتاج او التلقي من جهة المستحق قايم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد **وقوله** بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله يهلك امانة وصورته ما ذكر في الكتاب **وقوله** لان الموعود يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الي استقراض شي وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعد ومن في الدرك

موجودا

موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب بان المعدوم انما يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال الغير **وقوله** لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين وللمقبوض بجهة الشي حكم ذلك الشي كالمقبوض على سوم الشرا فيعطى له اي للذي قبض بجهة الرهن حكم الرهن حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض انفا وما وعده وهذا اذا ساوى قيمته ما استقرضه وانما اطلق جريا على ان الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشرا غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان الاستيفا الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشرا ضمانه مبتدا يجب بالعقد اذ ليس للبايع على المشتري شي قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب **وقوله** فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما قبضه هنا عن الدين الموعود **قال** ويصح الرهن براس مال السلم قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفا وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشيا ليس باستيفا لعدم المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفا لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفا في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في راس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى هذا تعذر تملك العين لكونه امانة وفي الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه الي تملك العين ايضا **وقوله** لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق **وقوله** يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه بالرفع لكونه حتى بمعنى الفاعل على ما عرف **وقوله** لانه بدله اي لان راس المال بدل المسلم فيه وبدل الشي يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط وراس المال دين اخر واجب بسبب اخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على اخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابراه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم **وقوله** ولو هلك الرهن اي لو هلك في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى يبقى لرب السلم مطالبة رب المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه وهو راس المال **وقوله** هلك بالطعام لانه يشير الي انه لم يهلك براس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه وياخذ راس المال لان بقبض الرهن صار مستوفيا لما لبنه مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الي ان هلك صار

به لان الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفي واسترداد راس المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فيها لان الرهن لا تبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو راس المال فوجب التقاص ولا يلزم على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن او الطعام واجيب بان الاسلم ان مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشيا بالنقود ليس بحتم وانما جا الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمها بانه عقد استيفا كان ذلك منهما تقديرا لماليته بالطعام تحقيقا للغرض بما كان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ما له على المسلم اليه من جنس ما له حتى يلتقيا قصاصا بل يلزم رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر انفا انها لا تحتمل الفسخ **وقوله** لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدله **وقوله** وادى ثمنه له ان يحبسه يعني ادى ثمنه ثم اراد فسخه للمشتري ان يحبس العبد لاستيفا الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفا ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته **قال** رحمه الله ولا يجوز رهن الحر والمدبر كلامه واضح **وقوله** وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية ولهذا لو طرات هذه التصرفات ابطلته فاذا كانت لمقارنة منعته **وقوله** ولا يجوز بالنفس لمعنيين احدهما ما ذكر في الكتاب ان استيفا المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شي وبما جا ربان في القصاص في النفس وما دونه واما لو رهن عبدا للصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطا لان استيفا الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالبيع **وقوله** ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري اعطي رهنا بالدار المشفوعة **وقوله** حتى لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شي مضمون الا ترى انهما لو رفعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يامر المستاجر بتسليم الاجر **وقوله** فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا ترى ان البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ويصير رهنه مضمونا **وقوله** ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر وقد هلك الرهن فانه هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن **وقوله** ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه قبض بالمضمون ظاهرا فكان الدين الثابت حقيقة وعن ابي يوسف خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفا بدون الدين لا يتصور وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه يعني الرواية عن ابي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم المسائل الباقية مثل مسئلة العبد والخل والشاة كذلك **قوله** لابنه الصغير احتراز عن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله وهذا نظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت

الابن

القيمة

القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها بمودع ولهما الولاية على ذلك **وقوله** وعن ابي يوسف لا تقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري **وقوله** واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير يريد بيان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو ان يكون له دين على ابنه الصغير فياخذ شيا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته **وقوله** او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان التهمة على ذلك التقدير اما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى ولو رهن من عبده ولا دين عليه لم يجز وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الوضعين كرهنه من نفسه لم يجز وكذا من عبده وهذا بنا على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي **وقوله** لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سوا رهنه عند هولا او عند اجنبي **وقوله** واذا رهن الاب متاع الصغير يعني سوا كان لنفسه او للصغير **وقوله** ومات الاب قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله ان يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب **وقوله** لاشتماله على امرين جائزين يريد رهن الاب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملكا ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزا المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس **وقوله** كفعله بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع قبل الرهن ورجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم **وقوله** يضمنه لحق المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين **وقوله** يا خذه بدينه اي ياخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستينا ف **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له **قال** رحمه الله ويجوز رهن الدراهم والدنانير قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفا منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهما فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وانى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره **وقوله** فهو بما فيه يعني فذلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله **وقوله** في الوجهين يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره في الكتاب **وقوله** على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه **وقوله** ثم يتملكه يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول **قوله** واستيفا الجيد بالردي جائز كما في الزيف كذا وقع في النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفا

الردي بالجيد جايز وانما قلنا ان هذا اصح لوجهين احدهما ان الاستبدال لانه بقوله كما اذا تجوز به
انه في بدل الصرف والسلم يوذن ان الاصح ان يقال واستيفا الردي بالجيد لان التجوز انما
يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفا الجيد بالردي لا شبهة لاحد فيه فلا
يحتاج الى الاستبدال لانه بشي اخر والثاني الاستبدال لانه يوضع المسئلة لان وضع المسئلة فيما اذا
استوفى المرتهن بعشرة قيمة ابريق هي اقل من العشرة لرداته فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة
جيد واري انما في النسخ وبعيد ما يرومه صاحب النهاية رحمه الله فليتامل وقوله وقد
حصل الاستيفا بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفا ولا ينتقض الا بالرد والفرض
عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن
لا سبيل الى الاول لكونه ممتحنا الطلبة ما يضر ولا الى المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه
يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقوله قيل وهذه
فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة تلك بنا على ما روى عيسى بن ابان رحمه الله ان محمدا مع
ابي يوسف في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة
رحمهما الله وفي هذه مع ابي يوسف وقوله والفرق لمحمد يعني على تقدير ان يكون هذه
المسئلة على تلك المسئلة انه اي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي دينه من عينها اي ان يكون
عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لا يمنع الاستيفا وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض
الرهن ليستوفي دينه من محل اخر فكان قابلا للرد بالضمان واخذ مثل حقه فينقض القبض
ووجه البنا ما قيل ان الزيف مقبوض بالاستيفا فيكون بمنزلة المقبوض للاستيفا
وهناك المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشي عند ابي حنيفة لمكان
الجودة فكذا في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولم يجعل هذه المسئلة مبنية
اولى لانه وجد هاهنا من المرتهن الرضى بالاستيفا من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير
مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمه وقوله ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما مر
من حيث هلاك الرهن وهاهنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته اكثر من وزنه
قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يجبر الراهن على الفكاك لانه لا يجبر عليه
فاما ان يكون مع ذهاب شي من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول
لانه اي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة
ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن
لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا
لم يسقط شي من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي
في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف جنسه مصوغا
ويكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد رحمه الله ان شا افتكه
ناقصا وان شا جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك
مجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شي من الدين ولا الى ان يفتكه مع النقصان يعني
ان يفتكه مجانا وهو متعذر صار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك
مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفا عند هلاكه استيفا بالمالية
وكل ما هو استيفا عند الهلاك بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالدين اغلا والرهن

وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي
عبارته تسامح والحق ان يقال التضمين بالقيمة واجب او صواب او الصحيح او ما شاكل ذلك وقوله وفي
الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية
لوجود غش فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون المضمون
مرهونا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت
قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك
عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا
الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي
الوجه الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصياغة
فيه عند ابي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف رحمه الله
يضمن خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع
فان الطاري منه فيه كالمقارن كما تقدم وعن محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين
يجبر الراهن على الفكاك بقضا جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن
بدينه وبين ان يسترده بقضا جميع الدين وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان العبرة في الاموال
الربوية للوزن لا للجودة والرداة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا وزن الرهن
اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وينقسم الجودة على المضمون
والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار
الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض
ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم
الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حالة استيفا فيقع الفضل امانة
وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون
مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الضمان
والامانة تسع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري
ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدرا في
ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويصير خمسة اسداس
الابريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه امانة فالتعيب بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر
وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفا عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة
اسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة امانة للمناسبة لان
الجودة تابعة للوزن لا ينفصل عنه وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة
الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان
في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير
مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان
لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على
الفكاك كما لو لم ينقص منه شي واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفا

نقصان مقدار الصباغة كما بينا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار الزيادة في المسئلة مفروضة
بذلك قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيا بعينه كلامه واضح وقوله ولم يبق
معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه
واذا كان الرهن غير معين والكفيل غايبا فات معناه وهو الاستيثاق ولان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي
عشر حقه او يعطي كفيلا غير ملي وليس في ذلك من التوثق شيء فيبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد
وقوله ولو اشترى شيا بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا
غير المشتري والصواب انه وغيره سواء ولو قال امسكه بثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك
فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدايم الى وقت الفكاك اذا
صرح بذلك علم ان مراده الرهن والله اعلم فصل وجه الفصل كون الرهن
متعددا ولا اخفا في تاخر التعدد عن الافراد قوله وصار كالمبيع في يد البايع فان المشتري
اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يودي باقي الثمن فان سمى لكل واحد من اعيان
الرهن شيا كما لو رهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة ثم قضى خمسمائة فكذلك الجواب في رواية
الاصل وفي الزيادات له ان يقبض اذا ادى ما سمى ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب
وقوله الا ترى توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتدا وجب ان
يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتها وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية
فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق بتفرق التسمية بدليل انه لو باعه
عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة
الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو
تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ البيع
فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما انه بالافتكاك ينتهي حكم
الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضا بعض الدين لم يود ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر
ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود
قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم وتبقين غير ما اذا كان احد العبدين اكثر قيمة مثل
ان يساوي الفا والاخر الفين ورهنهما بثلاثة الاف احدهما بالف والاخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك واراد
الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا
رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة
بالتسمية لا جهالة هنا تفضي الى المنازعة فلهذا امكن من فكاك البعض بقضا بعض الدين قال
رحمه الله فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين
وغيره ولا لكون الدين من جنس واحد ومن جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الاخر
دنانير لان الكل في ذلك سوا وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع
فيه قيل هو منقوض بما اذا باع رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فان
العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما
نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين يوجب الشيوع فيما يكون
العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال
فيجعل شايعة ينقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس فجوز ان يكون

العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في
الرهن والشيوع يمنع منه وهذا هو الجواب لابي حنيفة فيجعل ذلك شايعا ما نعا عن الهبة دون
الرهن وقد تقدم من وقوله فكل واحد منهما في نوبته والعدل في حق الاخر يشير الى ان فكان
كل واحد منهما باقيا لم يتصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما
من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو
كونه وسيلة الى الاستيفا الحقيقي بالاستيفا فينبغي ان يكون الرهن في يد الاخر من كل وجه
من غير نيابة وعن صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك
لكنه يسترده واجيب بان الرهن لما كان كل واحد منهما باقيا لم يتصل الرهن الى الراهن
كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفا بدينهما فتبين
ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال رحمه الله وان رهن رجلان
بدين عليهما رجلا رهنا هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان
عبد في يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة وادعاه اخر
كذلك وهو اخذ الوجوه فيها وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد واحد او في يد احدهما
فان كان في يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشرا وقد تقدم الا
ان يقيم الاخر بينة انه الاول فانه صرح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد
منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه اوضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو
اولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال
محمد في الاصل وبه اي بالقياس ناخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن
من رجلين الاخر كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فهو رهن كله عند
الاخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد
منهما غير راض بذلك وقد اشار المصنف الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على
خلاف ما اقتضته الحجة الاخرى وباقي كلامه واضح باب الرهن يوضع على يد
العدل لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نايبهما وهو العدل
لان حكم النايب يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده
ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن المفرد في مسايل ذكرها في النهاية
عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال رحمه الله واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل كلامه
واضح وقوله ذكر قوله ذكر في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في
المبسوطين وشرح الاقطع ابن ابي ليلى بدل مالك وكانه شك في هذه الرواية عن مالك فان
القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب قال نشدد لك تحده كان عنه روايتان
وقوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند الاستحقاق فانه يرجع على المودع
لان يد يد مودعه وقوله ولنا ظاهر قوله لانه نايب عنه كان في حفظ العين كالمودع
يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نايب عن الراهن فهو نايب عن المرتهن في حق المالية
والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان
الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال
ساقط لان الخصم ليس يقابل به فان قبل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر

ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث انه امره بذلك وذلك غير صحيح لان الامر انما يعتبر اذا لاقى حقا مستحقا
للامر وبعقد الرهن لم يصر مستحقا القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث
موافقه الراهن اياه في الوضع على يد العدل ولا تاثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن
لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل فالجواب انه قابض من حيث امره العدل بالقبض وهو حق مستحق
له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم
والقبض حقه ما دام العقد باقيا **وقوله** لا يقدر ان يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يجعل
ذلك لما ذكره **قوله** ولو تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي
بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو اظهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة
في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال ان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له اي
للعدل لانه كان ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو اخذها احدهما اجتمع البدل والمبدل
في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في حق
المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قايما في يده اخذه اذا
ادى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن
ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه
لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه
ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل
عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان **قال** واذا وكل
الراهن المرتهن كلامه واضح **وقوله** فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضا المرتهن **وقوله**
الا ترى انه اي ان عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن **وقوله** اي عقد
الوكالة لازم باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق ولما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه **وقوله** لان العقد
اي عقد الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة واوصافه
التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولذا الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية **وقوله** وان
مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن ومات لم يبطل
العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى **وقوله** والارث يجري فيما له عليه الا ترى ان الميت اذا كان عليه
دين لا يجب على ورثته الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه **وقوله** اجبر عليه يعني يحبس اياما
حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه فالقاضي يبيع عليه لما ذكر في الزيادات فالقاضي يبيع عليه وهو على
قولهما ظاهر واما على قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال
المديون وقال اخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت **وقوله** لما ذكرنا من الوجهين جميعا انه
وصف من اوصافه والاخران فيه اتواحقه **وقوله** فيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وذكر في
المبسوط انه ظاهر الرواية **وقوله** الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا في الرهن
وفيما لا يكون كذلك واحد اي يجبر فيهما ويؤيد اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيه اذا ابى الوكيل
يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد او لم يكن ولذلك ذكر في الاصل مطلقا **وقوله** فقد خرج
من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا واذا توى كان من مال المرتهن بحسب ما اعلى ما صحح
صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن **وقوله** وغرم القاتل قيمته يعني يكون القيمة
رهنا مقتول العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه اي هذا الضمان من حيث المالية وان كان

لانه

احدهما

مقابلا

معا بالا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن **وقوله** وليس
له ان يضمن غيره اي ليس للعدل ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه
شكر الله سعيه سوى الفاظ وضماير توضيح زياده ايضاح **وقوله** فصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن
بمقابلة دينه **وقوله** والضمان البايع اي العدل **وقوله** فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشيء **وقوله**
فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل **وقوله** لم يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن **وقوله** فله اي للعدل
وقوله بطل الاقتضاء اي بطل قبض المرتهن **وقوله** وانما اداه اي انما ادى المشتري الثمن الى العدل ليسلم
للمشتري المبيع ولم يسلم **وقوله** رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن **وقوله** لان المقبوض سلم له اي لان الثمن
المقبوض من العدل سلم للمرتهن **وقوله** وان شاء على المرتهن اي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن
الذي اداه اليه **وقوله** فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن **وقوله** لا يرجع
به على المقتضي اي على القابض **وقوله** فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز ان يلزمه الضمان
وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث
فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته
بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن **وقوله**
متحد في حقه بالتسليم او القبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض وكان كالغاصب وغاصب
الغاصب **وقوله** فلانه انتقض اقتضاؤه اي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه
مستوفيا **وقوله** طعن ابي حازم يعني هذا السؤال طعن به ابو حازم بالخاء المعجمة على محمد ابي الحسن
وابو حازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد **وقوله** والغرور بالتسليم كما ذكرناه
يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم **وقوله** وبالانتقال من المرتهن اليه اي الى
الراهن كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيلا من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك
من الوكيل الى الموكل فالملك بكل ذلك اي بكل واحد من التسليم والانتقال متاخر عن عقد الرهن اما بالتسليم
فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين انه رهن غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب
في حق المستحق فاذا ضمن ملك فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه
فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملكه الراهن بعد ذلك من
جهته فيكون ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق راس مال المضاربة
وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة
لما ذكر من ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متاخر عن العقد
لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو لازم كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه
انشأ العقد بعد الرجوع فنفذت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء **وقوله**
بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق بتضمينه باعتبار القبض السابق على الرهن
فيستند الملك اليه وتبين انه رهن ملك نفسه **وقوله** وقد طولنا الكلام فيه في كفاية
المنتهى قيل المراد مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل ان
يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة
وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن
لما قلنا ان الملك يثبت للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن والجناية عليه والجنايه

ك

بة

عليه وجنايته على غيره التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما يكون بعد
كونه رهنا فكان متاخرا طبعا فاخره وضعا **قال** رحمه الله واذا باع الراهن الرهن اذا باع
الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع او لم يأذن او لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد فيه
في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف **وقوله**
فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم **وقوله**
جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه وذلك لان من تصرف في ماله تعلق به حق الغير جاز موقوفا
كمن اوصى بجميع ماله ينفذ على اجازة الورثة في ما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن تم العقد لزوال
المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان لاجازة سقط حقه الى بدله
لما ذكر في الكتاب **وقوله** هو الصحيح احترازا عما روي عن ابي يوسف انه اشترط عند الاجازة
ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب
جديد فلا يصير رهنا من غير شرط واما الفسخ ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب **وقوله**
وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اي لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي
وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم **وقوله** ولو باعه الراهن يعني لو باعه الراهن
الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف
فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق
بالثمن الا ترى انه قد يرهن ليباع فايهما اجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ وياخذ الثمن ويكون رهنا عنده
وانما خص اجازة البيع الثاني ليبان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازته
يصح العقد الاول وهو البيع ولم يصح هو وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا
ويصح هو والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وتبدل باجازته
الى غيره فان كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق به فعلى هذا
اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده مكانه لانه حظ من العقد الثاني لتعلق
حقه ببدله فيصح تعيينه واذا اجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه
العقود جاز البيع الاول وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في
الهبة والرهن وبعضها ان كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه كما في الاجارة فان فيها بدلا عن
المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت
اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط في الرهن
والهبة اعتمادا على كونه معلوما **قال** ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن
عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وللشافعي رحمه الله اقوال ثلاثة النفوذ وعدمه
والفصل بين الموسر والمعسر **قال** في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى
لانه اسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه
وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق المشتري قبل القبض او الابق والمغصوب فانه يشترك المرهون
في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم اذ باع فكان المقتضي متحققا والمانع منتفيا
فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف صدر عن اهله ولا نزاع فيه مضافا الى محله لانه
لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن واما انتفاء
المانع لان عارض الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن

كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فتبقى
العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح وزوال المرتهن
في اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى
وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العقد فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل المانع
منحصر فيما يزيل الملك بل بمجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة لاعدامه قدرته
العاقد على التسليم المشروط لصحة العقد بن وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا **وقوله**
واعتاق الوارث جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض
اوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له
فكذا يجب ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة
رحمه الله واما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال **وقوله** فاذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام
يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ العتق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله
وما بعده ظاهر **وقوله** الا اذا كان بخلاف جنسه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف
جنس حق المرتهن فانه لا يقضي به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضي به دينه **وقوله** لانه
لما تعذر رد ليل لوجوب السعاية على العبد **وقوله** بذكره يعني في هذا في مسئلة استيلاد الامة المرهونة
وقوله وعندهما التكميلة يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية
فاذا اداها كمل العتق **وقوله** الا رواية عن ابي يوسف فان المبيع محبوس في يد البايع كالرهن في يد المرتهن
وقوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا يعني ان الراهن اذا هلك في يده كان ما لكا من حيث المالية وباقي
كلامه ظاهر **قال** رحمه الله ولو دبره الراهن صح تدبيره الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق
اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم يمنع تحققه اولى واما عنده اي عند الشافعي
فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن **وقوله** واذا صحا يعني التدبير والاستيلاد خرجا اي المدبرة
وام الولد يعني عندنا واما عنده فلان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر انفا وكلامه واضح
وقوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها والواجب
على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيده بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض
لا يوم هلك كما سيجيء **وقوله** كما نقصت هلكت بافة سماوية يعني يكون الزيادة مضمونة على المرتهن **وقوله**
والمعتبر في ضمان الرهن تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين
واجيب بان العين قد تغيرت فكانت ثمانية لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك
فاتت تلك الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فيسقط قدر النقصان من الدين عند
القتل بخلاف ما اذا لم يتغير العين وقد يراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا
يسقط شيء من الدين **وقوله** فان نقصت عن الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب
وقوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن
لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير
اطلق الاعارة **وقوله** لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض
العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك
لان الضمان انما يجب ذاكان الراهن بعد الاعارة بيد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية وفي ذلك الجمع بينهما
لا محاله فاعتبرنا يد الراهن يد من هو لزوم عقد الرهن وازلنا الضمان لفوات القبض الموجب لهم

ليس صح — الوصول صح — نفس — ن — ثمن — بدء صح — التسليم صح — العبد صح

رهو محسوس لا يرد ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح
وفي غاية التحقيق شكر الله سعيه **وقوله** لما قلنا اشارة الى قوله لما فاه من يد في العارية وبد الرهن
وقوله وهذا اي ما ذكرناه من اعارة احدهما باذن الاخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من
اجنبي وجملة هذه التصرفات سنة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة ن
فالعارية توجب سقوط الضمان سواكان المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال
او اجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة
فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعاره منه او اودعه فله ان يسترده
وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنبيا بباشره احدهما العقد باذن الاخر واما من الراهن
فلا يبقى رهنا **وقوله** لما بيناه يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن ن
والبينة للراهن **قال** رحمه الله ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك
او يقيده بشي فان كان الاول فما رهنه المستعير به من قليل وكثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك
تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان استاد انا ينقضي
دينا عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح جواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب
ان الاتصال غير مانع لعدم استلزام احدهما الاخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا
كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبايع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك
العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين **قوله** لان الجهالة فيها لا تفضي الى
المنازعة يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما اذا اعار ثوبا
واطلق وان كان الثاني سوا كان التقييد بالقدر او الجنس او المرتهن او البلد ضمن القيمة
لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر ففي الزيادة عليه لفوات الغرض
فان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداوه والاحتياج الى فكاكه وبفوات المالين في الزيادة زيادة ضرر
وفي النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه
مثل ما تم الاستيفا به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل كلامه ظاهر **وقوله** ووجب
مثله اي مثل ما تم الاستيفا به بالهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير
فيما شرطه **وقوله** على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه
وقوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل بما بعد ولعله
من الجبران يعني جبرا بالمافات عن الراهن من القضا بنفسه **وقوله** ولهذا يرجع عن الراهن قال في
النهاية ليس يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر القيمة لا ما كان
الترمها يعني ان كانت قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع بما زاد
على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف لانه وضع ن
المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين **وقوله** على ما بينا اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه
بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال
المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة للمعير لانه يدعي عليه
الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه
الثوب بدينه ثم ادعى ما يفسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب
اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك **وقوله**

ولو

بطل الرهن والاجر للراهن ولا يبقى للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستيناف واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن ومن اجنبي مباشرة احدهما باذن الاخر صح صح صح

ولو اختلفا هكذا في نسخة قرأني على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره
من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو ولا لو في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن
وهو للمستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه **وقوله** في انكار اصله يريد عقد العارية
وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن
وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته **وقوله** ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه واضح **وقوله**
في اخره اما المستعير في الرهن بمعنى المودع فيحصل مقصود الامر يعني بتسليم الرهن الى المرتهن سعي
بتسليم الرهن الى المرتهن سعي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون الرهن الى المرتهن ن
بمنزلة رده الى صاحبه فيبرا من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن اما بعد فكاكه
فليس ثمة تحصيل مقصود الامر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد
اجيب بان ثمة الرد الى باب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن هو المستعير بعد
الفكاك مودع والمودع يبرا بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كانه رد الى صاحبه
حكما وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الايمة السرخسي واما اختيار
شمس الاسلام فهو ان المستعير يبرا عن الضمان بالعود الى الوفاق ذلت عليه هذه المسئلة **قال**
وجناية الراهن على الرهن مضمونة معناه واضح وعني باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده وبالممتنع
هو ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله **وقوله** والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان تكون
الجناية في النفس وما دونها خطا اما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع **وقوله** اما الوفاقية
يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك
على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو
جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فان جنى عليه لو وجب عليه شي لكان واجبا له عليه وذلك باطل
وتوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان واجاب المصنف
بما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة القصاص فان المستحق بها دمه والمولى اجنبي عنه يوضحه الاقرار
المولى بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في
الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان
كما اذا حصلت على اجنبي اخر فان قيل ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب
بقوله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد بالجناية فيعتبر وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقاه
رهنا وجعله في الدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار
الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان **وقوله** فقد فقاه فيه
تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وتخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا لذكره بلفظ الدفع
لوقوعه في صحبته او التغليب سماه دفعا وتناه **وله** ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان
التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الفدا كالراهن فكان حكم الدفع او
الفدا له وعليه فيحق شي واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك **وقوله** وان كانت القيمة اكثر
من الدين بان كانت الفين والدين الفا واتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان تقضي نصف دينه
او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضا بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي
شي من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل العبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل
الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف صار الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا

وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال رحمه الله ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو رده وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حتى لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله او نقول دليل اخر اي لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا الالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بسبب الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من الف الى مائة مع عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به واقوال العلماء فيها ايضا ثلاثة اما عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما بجميع الدين بلا اختيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه المرتهن بماله كالثانية على ما نذكره وقول زفر ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في الراهن يفتكهما بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي قيمتها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب وقوله لحما ودم اي بعضه صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الادمية والشرع اعتبره جزاء من حيث الادمية دون المالية الا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذلك في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الى اخره وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان يأخذه بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان يأخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه مفسوخ يعني بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن ثلاثا وقوله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لانه وضع المسألة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لو قوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز في قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه كما ذكرنا وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن يعني واذا كان على المرتهن وقد اداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن الى الراهن ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم

على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان تشاحا بان اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكر جناية ولد الرهن وقوله لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما وايهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله والكلام فيما اذا كان غائبا ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي حنيفة وما بعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الى اخره فصل في المسائل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عنده وانما يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد بين ان يفتكه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن وقابل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كما بالـ هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذا تخلف عن ذلك الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف حيث قال ان صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلله اولا فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست محلا بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا فله ان يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل له وتقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وهو قوله فهو رهن بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت اكثر او اقل فهي مذكورة في النهاية قال ونماء الرهن للراهن الاصل ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة الامر ولا ينفرد من عليه بابطاله حكمه لكونه حرة وقته ومكا

صاف

تنبه

ومدبرة بكر وانما ضربا بذلك لبلا يرد كعاله الحرة فانهما تسري الى الاولاد والزكاه بعد كمال الحول كذلك
فانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات وليلا يرد ولد الجانيه فان من عليه يتفرد بالابطال
باختيار الفدا وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف لبلا يرد ولد المغصوبه والمستاجرة
والمنكوحة والموصي بخدمتها فان الاولاد حين الولاده لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف اما في غير الغصب
فظاهر واما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر
هذا علم ان نما الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل
لانه تبع له فعي الاصل وصفا لازما لان الملك وكونه رهنا فيسري الى الولد فان هلك الولد هلك
بغير شي لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذا لم تكن مقصوده لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا
اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي النما افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض
لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النما يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به اذ لو هلك قبله هلك
مجانا والتبع يقابله شي اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض
والزيادة ههنا صارت مقصوده بالفكاك فيخصه شي من الدين فما اصاب الاصل يسقط من الدين تقدم
لانه يقابله بالاصل مقصودا وما اصاب النما افتكه الراهن به **قوله** وصور المسايل على هذا الاصل
يعني مما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك يخرج وفي ذلك كثره وتطويل فاعرضنا عنها
ونا بعناه في ذلك **وقوله** فيصح تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله فما حلبت فان ذلك تضمن معنى الشرط
ولهذا دخل الفا في خبرها **وقوله** لانه اتلفه باذن المالك فيه اشارة الى انه لو اتلف بغير اذنه ضمن
وكان الضمنه رهنا مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن ذلك بيد ولذا اجازه المرتهن **قال** ويجوز
الزيادة في الرهن الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا اخر ليكون
مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله والزيادة على الدين لا تجوز عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما
الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقال زفر والشافعي رحمه الله لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما
في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو ان يزوج المولى امته من رجل بالف ثم زوج امة اخرى
بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقد ان ويقسم الالف عليهما وذكر في الاسرار وطريقه البرعري وغير
ذلك ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير انه قال يجوز ان يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة
في المنكوحة ان يقول المولى زدتك امة اخرى بذلك المهر اما لو قال زوجتك هذه الامة الاخرى
بذلك المهر لزم ان يصح **وقوله** الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة يعني من الدين الذي هو الف فيكون
بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة لم يصح **وقوله** ولا التحاق باصل
العقد افساد للجامع الذي ذكره ابو يوسف وهو واضح وحاصله ان الالحاق باصل العقد انما يتصور
اذا كانت الزيادة في المعقود عليه او المعقود به والزيادة في الدين ليست في شي من ذلك اما انه
غير معقود عليه فظاهر واما انه ليس بمعقود به لوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن
فانه معقود عليه فانه لو لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده **وقوله** ويسمى هذه زيادة
قصدية يعني بخلاف نما الرهن فانه ليس زياده قصد به بل ضمنيه ولهذا لو اختلفا حكما **وقوله**
واذا ولدت المرهونه ولدا يعني اذا رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فقال
الراهن زدتك هذا عبدا مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع
الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد
قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد

بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن
زدتك هذا العبد مع الام فسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما
اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام فصارت كانها كانت في اصل العقد
فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها
وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا تبطل
الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزياده ذهب بغير شي وكان العقد في الام والولد
معها **قال** رحمه الله فان رهن عبدا يساوي الفا بالف **وقوله** واصح على ما بيناه من
قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض **وقوله** خلافا لزفر هو ان يقول ان
الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قايم فكان ما بعد الابرا وقبله سوا ولهذا
كان مضمونا بعد الاستيفا وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون
بالدين وبجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابرا اي بسببه ولا جهته
لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان
فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابرا فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب
بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا لا نتفا ولايته منعه والجواب عن صورة الاستيفا
ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابرا يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفا لا يسقط لقيام
الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفا لعدم الفايدة لانه يعقب مطالبة
مثله فيفضي الى الدور **وقوله** فاما هو يعني بعد الاستيفا فاما الدين فهو قايم في نفسه
وهو تكرير للتوكيد فان اهلك يعني الرهن يتعذر الاستيفا الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفا
الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفا **وقوله** وكذا اذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى
وقوله لانه اي لان كل واحد من الشرا والصلح على عين استيفا فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا
او قيمته ان هلك في يده قبل الرد **وقوله** لانه بمعنى البراءة بطريق الادا اشارة الى الجواب الاول
عما يقال ان ذمة المحيل تبرا بالحوالة عما عليه فكان ينبغي ان يكون بمعنى الابرا فيهلك امانة ووجه
ذلك ما اشار اليه ان الحوالة وان كانت ابرا لكنها بطريق الادا دون الاسقاط لانه يزول به
اي بعقد الحوالة الى اخره **وقوله** لانه يعني المحال بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضا الدين **وقوله**
وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن اختيار لبعض المشايخ اختاره المصنف رحمه الله ومنهم
من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه
ظاهرا يكفي لضمان الرهن وكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك امانة لان التصادق فيهما
ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الرهن ووجه مختار المصنف ما ذكر من
توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه لجواز ان يتذاكرا
وجوبه بعد التصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب
وقوله بخلاف الابرا راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من تتمة الجواب عن الزام على
جواب الاستحسان في صورة الابرا والاولى ان يرجع الى **قوله** فتكون الجهة باقية

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس
والمال وسيله للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن احزيتها محاسن الحدود والجناية

في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع خص بفعل
محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحياة والثاني يسمى
قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال القتل على خمسة اوجه
القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث خمسة اوجه وذلك لانا قد
استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء المذكورين وقال صاحب النهاية
لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان كان به قصد القتل او لا فان
كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطا وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان كان معه قصد التاديب
والضرب او لا فان كان فهو شبه وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جاريا مجرى الخطا ام لا فان كان
فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها
وضعفه وركاكته ظاهر ان وقوله وما اجري مجرى السلاح ليس في تفريق الاجزاء كالمحدد من
الخشب وليطة القصب ومن وقشم وقد تقدم وقوله وقد نطق به واحد من السنة منها ما قال
عليه السلام في خطبته بعرفات الا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري
هذا في مقامي هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم
وقوله والقود يعني القصاص معطوف على قوله المأثم التحرجت اي موجب القتل العمد الاثم
في الاخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل
بين العمد والخطا لكنه لم يتقيد بوصف العمد بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اي موجبه
والحديث مشهور ولان الجناية بها اي بالعمدية تتكامل وقوله لا تشرع لها دون ذلك اي
لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية
وكلما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله العقوبة المتناهية حجة اخرى وتقريرها
القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا تشرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله
ثم هو يعني القود وقوله وهذا لانه تعين مدفعا للهلاك يعني لا تقابل في الامتناع من
اداء الدية بعدما استحقت نفسه قصاصا بسفه ويلقي بنفسه في التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه
شرعا ولنا ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به
ان الله ذكر في الخطا الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد
ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على النص بالراي ووجه التمسك بالسنة
ان الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود منصرفا اليه ففيه تنصيص على حكم جنس
العمد وذلك يمنع عدل عنه الى غيره زاد على النص اشار ابن عباس رضي الله عنهما في قوله العمد قود لا مال
فيه الى ذلك ووجه المعقول ان المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لان الادمي
مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فانى يتماثلان بخلاف القصاص فانه يصلح موجبا للتماثل
وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا لغيره عن وقوعه فيه وجبر الورثة فيتعين فان قيل
كيف صلح موجبا في الخطا والفايت فيه مثل الفايت في العمد اجاب بقوله وفي الخطا
وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم
يجب المال والادمي مكرم لا يجب اهدار دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد
ليس في معناه حتى يلحق به وقوله ولا يتعين بعد مرقصا المولي العمد اخذ المال جواب عن قوله
لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز ان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قبل

هذا

تعالى

هذا الوهم موجود فيما اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل
بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا
قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء
بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا تقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك في
تمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة
المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص بمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدر
فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة لا لانهم كانوا يأخذون اموالا كثيرة
عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان
ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت ان الاصل هو القصاص لم يجز
المصير الى غيره بغير ضرورة مثل ان يعفو احد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ او ان يكون
محل القصاص ناقصا بان يكون يد قاطع اليد اقل اصبعا وامثال ذلك وقوله ولا كفارة فيه
عندنا اي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا وعند
الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليها في الخطا لانه لستر الذنب
والذنب في العمد اعظم ولنا انه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة
والكفارة فيها ذلك وموضعه اصول الفقه وقوله ولان الكفارة جواب عن قياس الشافعي
وهو واضح فان قيل هب ان القياس لا يصح فليلحق دلالة لانهما متماثلان في المناط وهو
الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطا فالجواب
ان المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا تستر فما العمد صلاحيته لعلتها كما مر فان قال
تدل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع اتينا رسول الله
صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق
الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز
ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض
اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي ان
يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف قال وشبه
العمد عند ابي حنيفة رحمه الله اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال ابو حنيفة
رحمه الله شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجراه سواء كان الهلاك به
غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصارين او لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو ان يتعمد
الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات واما اذا والى
فقتل فشبه عمد عنده ما وقتل عمد محض وانما سمي هذا النوع شبه العمد لانتفاء معنى العمد فيه
والا لكان عمدا وانتفاؤه انما يتصور في استعمال الالة لا الملتئمة فانه لا يقصد باستعمالها
الا القتل ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل
السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال
انه عليه السلام جعل قتل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال
للاطلاق وهو لا يجوز ولان الكبيرة والصغيرة تساويان في كونهما غير موضوعين
للقتل ولا مستعملين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة

ور

لال

يحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة **وقوله** وموجب
ذلك اي موجب شبه العمد على القولين يعني قول ابي حنيفة وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد في
الضرب على ما مر من تفسيره والكفارة لشبهه بالخطا والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية
وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة احترز بقوله لا لمعنى يحدث من بعد
عما يصالح اولياؤه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن اقرار القاتل بالقتل خطا وقد كان قتله عمدا فان
في هذه الصورة تجب الدية على القاتل في ماله **وقوله** لقضية عمر يعني ما روي عنه رضي الله عنه انه قضى
بالدية على العاقلة في ثلث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل
خطا العمد قتيل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول لما روينا والحوالة
بقوله الا انا قد اسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول **قال** والخطا على نوعين انما انحصر الخطا في النوعين
لان الرمي الى شي مثلا مشتمل على فعل القلب والقصد والجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطا بالاول فهو الاول
وان اتصل بالثاني فهو الثاني **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله وتجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه
ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطا الحديث **وقوله** ويحرم
عن الميراث لان فيه اثما بدليل وجوب الكفارة وللحرمان من انواع القتل فيما هو جناية قد على المورث تضمنت
تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا اكد لان لاحتمال انه قصده الا انه اظهر الخطا من نفسه وقد ذكرنا
ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض مستوفى بتاييد الله **وقوله** بخلاف ما اذا تعمد متصل بقوله
وموجب ذلك تعمد ان يضرب يد رجل فاخطا فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل
فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطا واجري مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف
فعله بالعمد ولا بالخطا الا انه كالخطا في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه مات بفعله **وقوله** لان
الشرع انزله قاتلا يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم
منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدم عن
الهدر فيبقى في حق غيره على الاصل فان قيل الحافر في غير ملكه ياثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان
به كما ذكرتم في الخطا اجاب بقوله وهو ان كان ياثم بالحفر في غير ملكه يعني الاثم الحاصل
بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت **وقوله** وما يكون شبه
عمد في النفس فهو عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا لان اتلاف
النفس يختلف باختلاف الالة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه واما ما دونها
فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا ترى ان فقا العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا
الصغيرة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى
تفصيل ذلك في باب على حدة **قال** القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد **هذه**
ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك **وقوله** على التابيد
احتراز عن المستامن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص
ولا بد من صفة العمدية لما سنا من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية تتكامل
بها وفيه بحث من اوجه **الاول** ان العفو مندوب اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب
الثاني ان حقن الدم على التابيد غير متصور لان انهى ما يتصور منه ان يكون للمسلم في دار ونحو
يزول بالارتداد والعياذ بالله **الثالث** انها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانهما

موجوده

موجودة فيه ولا قصاص **الرابع** ان قيد التابيد لثبوت المساواة واذا قتل المستامن مستامنا
وجب القصاص ولا مساواة **والجواب** عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفا
ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني ان المراد بتابيد الحقن على التابيد ما هو بحسب الاصل
والارتداد عارض لا معتبر ورجوع الحربي الى اصله لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه
انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى النقصان غير مانع عن الاستيفا بخلاف العكس
وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى **وقوله** ومن قتل
مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا **وقوله** وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله صلى
الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعي ووجهه وهو واضح **وقوله** وهي اي العصمة بالدين
عنده اي وبالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيهما فيجري القصاص بينهما فان قال جاز ان يكون
شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر يمنع منه كما بين المسلم والمستامن
فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى
العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك **وقوله** والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل
من المقابلة في الاية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى
فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول فان
وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روى ان قبيلتين من العرب تدعي احديهما فضلا على الاخرى فقتلنا فقالت
مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه
الاية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد
المساواة في الجزء المبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق يابت
في اجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمدها في العصمة وقد تساويا فيها على ما مر
قال والمسلم والذمي فيه سوا اختلف العلماء في ثبوت اقتصاص المسلم بالذمي فذهب
عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدل
الاولون بما روى ابو جحيفة قال سالت عليا رضي الله عنه هل عندكم من رسول الله شي سوى القران
قال لا والذي خلق الجنة وبرا النسمة الا ان يعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة قال العقل وفكاك
الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا
وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون
فتنة اي فتنة الكفر فتورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم
ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا احق من
وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي دلالته على المطلوب حلالا يخارك ورد بان مداره على ابن البيلماني
وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ ابن البيلماني حديثه منكر روى عنه ربيعة ان النبي
صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن البيلماني لا يقوم به حجة
اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم من ائمة الحديث غير مقبول
وقد عرف في الاصول ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني
عنده او الدار يعني عندنا فيثبت **قوله** والكفر مبيح قوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله
وكذا الكفر مبيح وتقريره انا لا نسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى
قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية **وقوله** والقتل بمثله لدفع قوله

فيورث الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصا
بينهما كما لا يجري بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا فيكون قبل قتله
المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص **وقوله** والمراد بما روي جواب عما استدل لو ابه
من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو جحيفة
عن علي لم يكن متفردا ولو كان متفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو **قوله** ولا ذو عهد
في عهده واليه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده **ووجه** ذلك انه عطف هذا
على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذو عهد من
عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله
تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل ذو عهد هو الحربي
بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذا لا بد من تقدير بحربي يقدر في المعطوف كذلك والا كان ذلك نوع
والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا **هذا** خلف
باطل فان **قيل** فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من وجهين
احدهما المسلم دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه **والثاني** ان يقتل
من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان **وهذه** المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت
تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا **قوله** ولا يقتل يعني المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على
التأبيد كما تقدم في اول الباب ولان كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان
كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا انه ليس بمحقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة الى قوله
صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا
ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من ان يكون مستأمنا او محاربا وهو الحق ولعله سا
عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي **والجواب** عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور
ليس بمروي وانما هو تاويل لم ينقل لما رويناه **وقوله** للعمومات يعني الآيات الدالة بعمومها على
وجوب القصاص وقد ذكرناها **وقوله** ولان في اعتبار التفاوت الى الخمس يصلح لجميع ما خالفنا
فيه الشافعي رحمه الله **قال** ولا يقتل الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه
وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معد لظهور اثره في جنس
الحكم المعلل فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجده في صف المقاتلين لاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو
محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب
لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم **قوله** والقصاص يستحقه المقتول جواب عما يقال
الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى
عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطاء من كل
وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف او سكين فان فيه توهم التاديب لان شفقة الابوة تمنعه
عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة **قال** المصنف وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله وطولب
بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم **اجيب** بان الرجم حق الله على
الخلوص بخلاف القصاص لانه قال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله صلى الله
عليه وسلم انت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه
سبب لاحيائه **وقوله** ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في ويستوجب وجاز

ذلك بلا تاكيد لمنفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على ابيه اذا قتل الاب عبد
ولده **قوله** ومن ورث قصاصا على ابيه يعني مثلا ان يقتل الرجل ام ابنه مثلا **وقوله**
ولا يستوجب في القصاص الا بالسيف يعني اذا وجب القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف
وقال الشافعي رحمه الله ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل
ذلك وتمهل مثل تلك المدة فان مات والا حز رقبته وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى
قتله او لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه
مساواة في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود
الا بالسيف وهو نص على استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد
لا قود يجب الا بالسيف **اجيب** بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما
يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه **وهذا** اختيار صاحب الاسرار وفخر الاسلام
فقدر بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد
قررناه في التقرير **وقوله** ولان فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى
القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم
يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجز بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى انتفا
القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص
منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى **قال** واذا قتل
المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان ترك وفاء او لم
يترك فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون له وارث غير المولى او لا فان كان الثاني فللمولى
القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا
قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكانه حام حول الدرء بالشبهات ولما انحق الاستيفا
للمولى بيقين الى آخره وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة لاختلاطها عنده رحمه

نفي صح

الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صار كسبب واحد لحكم واما اذا
رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها
فيمكن ان يكون معتبرا وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما
ذكر لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية او الرق فانه على قول علي وابن
مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا ادي بدل كتابته فيكون الاستيفا للورثة وعلى قول زيد بن
ثابت رضي الله عنه يموت عبدا فيكون استيفا القصاص للمولى بخلاف الاولى لان المولى متعين
فيها وان كان الثاني وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات
ولم يترك وفاء ولا وارث له ورثته اذ فالعدم الفايدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في
الكتاب **وقوله** بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لان ملك
المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه **وقوله** واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه
فلابنه وهو ولي المقتول الاستيفا لانه من باب الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها اي
الى النفس وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان كل من ملك النكاح ملك
استيفا القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفي وللاب شفقة
كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ

قوله ص

وله اي لولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق المعتوه **وقوله** لما ذكرناه اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس لانه ليس له ولاية على نفسه اي نفس المعتوه **وهذا** اي الاستيفاء من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قول**ه** والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك **وقوله** ان الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما عما دونها فيملكه **وقوله** وانه اي المال يجب بعقده اي بعقد الوصي **قال** ومن قتل وله اولياء صغار وكبار اذا كان اولياء القتيل صغارا وكبارا فاما ان يكون فيهم الاب او لا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر ووجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يوس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب وهو القرابة يثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح **واعترض** بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما كما لو تعدد القتيل وعفى احد الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة **واجيب** بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعضه سقوط غيره **وقوله** ومسئلة المولين ممنوعة جواب عن قولهما وكان بين المولين وسند منعه ما ذكر في الاسرار لا رواية في عبد اعتقه رجلان ثم قتل وله موليان فيجوز ان يقال لا نسلم ان احدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فاحد المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة **وقوله** ومن ضرب رجلا بمر الجاحد واضح وكذا قوله ومن عرق صبيا وكما بيناه الى قوله يتعلق به كما فعلا انه كان فعلا مشروعا **وقوله** لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لكن استند للشافعي بالحديث واستند لهما بالمعقول **وقوله** ولا مرا في العصمة اي لاشك فيها **وقوله** ومنه المفصنة للجلمين الجلم الذي تجز به وهما جلمان **وقوله** وما رواه غير مرفوع لانه يلزم على قوله التحريق بالنار وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا احدا بعذاب الله او هو محمول على السياسة وقدا ومت اي اشارت اليه اي الى كونه محمولا على السياسة حيث اضافه الى نفسه حيث قال العرقناه ولم يقل عرقوه **وقوله** ولخلاف الروايتين مرفوع على الابتدا **وقوله** في الكفارة خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد **وقوله** لوجود السبب يعني بنفاذ دم محقون على التابيد عمدا او عدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او شبهة **وقوله** واذا انتفى صفتان ظاهر **وقوله** احد نوعي الخطا يريد به الخطا في القصد **وقوله** وكذا اذا اكد به منصوب عطفا على الكفارة **وقوله** على ما نطق به النص يريد به قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا الاية **وقوله** ولما اختلفت سيوف المسلمين توالت على اليمان ابي حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة **وقوله** ومن

شج

حب

الذمي

له

شج نفسه واضح **وقوله** وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستغنا والثناني **وقوله** يغسل ويصلى عليه اثر كون فعله غير معتبرة لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كانه مات حتف انفه بمرض من غير فعله في نفسه **وقوله** ولا يصلى عليه لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كباغي **وقوله** فلم يكن هدرا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الاخرة والباقي واضح **فصل** لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية اكتساب القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح **وقوله** اطلى دمه اي اهدره **وقوله** والمعنى اي ومعنى الوجوب دفع الضرر لا اله لوا هود فع الشر على اي وجه كان لا عين القتل **وقوله** لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث ش والمعقول **وقوله** وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صال على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة **وقوله** فاشبه المكره يعني ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فاشبه المكره يعود على المكره فيقتله **وقوله** فاتلف ذو ماله اي لاجل ماله **وقوله** فكذا استرداده في الانتهاء لانه اسهل من الابتدا

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الاطراف وكلامه واضح **وقوله** ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا تزد الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج ولم ياخذ من الشاج لكبر راسه فان للكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين اخذ ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج وباخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وان شاء اخذ ارشها **وقوله** على ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو ما ثور عن الصحابة رضي الله عنهم روي ان هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسال عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنهما وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ش **وقوله** لما تلونا اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة **وقوله** ولا قصاص في عظم الا في السن **وهذا** اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فان كان السن عظما فالاستثنا متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما تفسد به لثاته كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثنا منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وثانه وقع عند المصنف رحمه الله انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن **وقوله** وليس فيما دون النفس شبه عمد قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطا فيحمل الاول على ان المراد به انه اذا امكن القصاص وذلك لان شبه العمد انما يحصل فيما دون النفس واذا امكن القصاص جعل عمدا روي عن الربيع عمة انس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا اتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطا ووجب الارش **وقوله** ولا قصاص بين الرجل والمراة ظاهر **وقوله** الا في الحر يقطع

طرف العبد يعني لا يجب القصاص فيه عنده ايضا والشافعي اخذ بقول ابن ابي ليلى وسلكا في الباب
طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال
والنسا في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو اي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان
الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمايه دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة يد العبد اليه وان بلغت
كان بالحزر والظن فلا يكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوم قطعا امكن اعتباره
بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم
يستقم بين العبدين لامكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين ولجيب بان التساوي انما
يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا يثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربويه عند المقابلة
بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه يمنع الاستيفا الكل المعقول منه منع استيفا
الاكمل بالانقص ولنا العكس فان الشلا تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون المراة بيد الرجل فالجواب انا قد
ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت
المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا
يعتبر فيما سلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعه ينتفي به المماثله ينبغي ان يعتبر
فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم ان يكون بادلا للزياده في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط
والاسقاط جايز ودل البدل بالاطراف والبلغ في ظاهر قال ومن قطع رجل من نصف الساعد ٥
كلامه واضح وقوله لان حقه متعين في القصاص لانه لو زال الشلل قبل ان يستوفي الارش لم يكن له الا
القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي الواجب احد الشيين اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما
لفوات محله تعين الاخر قوله ومن شج رجلا فقد قررنا في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع
اكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله وفي العكس يخير ايضا وهو ان يكون راس المشجوج اكبر من
راس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان ازيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما
يكون مثل الاول في الشين دون حقه فيتخير بين الاقتصاص واخذ الارش والباقي الى اخره ظاهر

فصل لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة اذا
اصطلح القاتل واوليا المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان او كثيرا
زايدا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي الايه على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن
عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للامر باداء عند استعمال الامكان معناه البدل اي فمن
اعطي من جهة اخيه المقتول شيا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فليتبع المعطي وهو ولي
القتيل مطالبة بدل الصلح على مجامله وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان اكثر المفسرين
على انها في عفو بعض الاوليا ويدل عليه قوله شي فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه
وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شي من القصاص فان كان للقتيل اوليا فعفى بعضهم
فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن
عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف اي فليتبع العافي بطلب حصته بقدر
حقه وليود القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله
بين خيرتين ان شاوا اقادوا وان شاوا اخذوا الدية قال المصنف والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا
على ما بيناه يعني انه ليس للولي العدول الى المال الا برضى القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر

وقوله نص مقدر بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره يعني كالاعتاق على مال وقوله خلافا لمالك
والشافعي في الزوجين قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية
عندهما جميعا ونقل من المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة
وان الشافعي يقول النسا لا يستوفي القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب
من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح
والاسرار وهو مواخذه ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفه لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما
ما نقله وقوله لهما ان الورانه خلافه يستلزم عدم توريث احد الزوجين من الاخر شيا وهو باطل
ولكن يحمل على ان معناه الورانه فيما يجب بعد الموت خلافه وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاع
بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل اما الاول فلحديث
امراه اشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمه كما ذكره في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان كساير
الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما ولا للميت ثم يثبت للورثة
ولا يجب للميت الا ان يستند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كساير الاموال في ثبوتهما قبل الموت
الا ترى انه اذا اوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها وتقضى منه ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم
الدية على احراز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفا والعفو والباقي
واضح وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية
السدس كما اذا قطع يد انسان خطا وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكل مؤجل الى
ثلث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجله الى ثلث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله
والواجب في العمد حوالة باعتباره وهو واضح قال رحمه الله واذا قتل جماعة واحدا اذا تعدد
القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفا المساواه لكنه ترك بما روي ان سبعة من
اهل صنعا قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالا عليه اهل صنعا ٥
لقتلتهم والتمالو التعاون وصنعا اليمن قصبتها وروي عن علي رضي الله عنه انه قتل ثلاثة بواحد
وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة متوافرين ولم ينكر عليهم احد
فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا بالاجماع وقوله
لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة
الاحيا فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن ان يجمع عليه امثاله ويبطل الحكمه ان لا قصاص فيودي الى سد
باب القصاص ولقايل ما ذكرتم من المعقول كان لو قياسا على مجمع عليه لم يعتبر في الشرع وان كان
فلا بد من اصل القياس المقتضى لعدمه المويد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه
قياس على ساير ابواب العقوبات المترتبه على ما يوجب الفساد من افعال العباد ومن بوا على
ذلك تقوية اثره الباطن وهو احيا حكمة الاحيا وقوله ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم ٥
في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد واذا كانت المسله بالعكس وحضر اوليا المقتولين قتل
لجماعتهم كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني ان قتلهم على
التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم او يقرع وقوله وهو
القياس في الفصل الاول وهو ما اذا جماعة واحدا الا انه عرف بالشرع بريد قضية عمر رضي الله
عنه ولنا ان كل واحد منهم اي من اوليا القتل قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى اصله ٥
الفصل الاول فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولم يكن بينهما مماثله لما جاز ذلك واذا كانت الجما

مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما يكون من الجانبين **قوله** ولانه وجد من
كل واحد منهم جرح يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد
عن الباقين كان بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لابد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها
توزيعا او كمالا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا احلف جماعة كل منهم ان لا يقتل
فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا ولان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله صلى الله عليه وسلم
الادمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحيا وتحقيق الاحيا قد حصل بقتله
اي بقتل القاتل فاكتفي به ولا شي لهم غير ذلك **وقوله** ومن وجب عليه القصاص ظاهر
قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد يتعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا
فاذا قطعا يدا فلا قصاص اصلا وقال الشافعي ان وضع احدهما السكين من جانب والاخر من اخر
وامراه حتى التقا السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده
وان اخذا سكينا وامراها على يده حتى انقطعت قطعت ايديهما اعتبارا بالانفس لكونها تابعة
لها وانما ان الجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلا منهما قاطع بعض اليد سوا كان المحل متحدا او مختلفا
لانا نعلم ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الاخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده وهذا ما
لانتفا المماثلة وهذا لان المحل متجزي فان قطع بعضه وترك بعضه متصور بخلاف النفس فجعل كل واحد
كاملا لاجل ان النفس فان الازهاق لا يتجزى والباقي ظاهر **وقوله** والقصاص ملك
الفعل ثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص حر وهو جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول
وتقريره ان القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفا فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي
بحريته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه
مملوكا **وقوله** ولو بدر احدهما لاخر يعني ان حق الاخر الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الاخر
له في الاستيفا موهوم متى عسى ان يعفو او لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين
اذا ادعى الشفعة والاخر غايب يقضى له بذلك **وقوله** لانه اوفى به حقا مستحقا يعني انه قضى
بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للاخر بالارش **وقوله** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه
القود وانما قيده بالعمد لانه لو اقر بالخطا لا يجوز سوا كان ماذونا او محجورا اما المحجور فظاهر
واما الماذون فانه ليس من التجارة **وقوله** حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص
توضيح لبقايه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا ان
وقع طلاق زوجته بالاقرار كوقوعه بالايقاع واذا اقر بسبب يوجب الحد يحد به **وقوله**
والفعل يتعدد بتعدد الاثر فيه لغا ان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان
قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا
وبالنسبة الى اخر خطا وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسامي مختلفة بالنسبة الى
المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى
ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه
يجوز ان يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطؤ بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل
يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني
ولقايل ان يقول الخطا يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا مرددا بين
الحظر والاباحة ولم يوجد **والجواب** ان الخطا هو تحقق الجناية في انسان بخلاف الظن

الجاني فمن رمى الى شي يظنه صيدا فاذا هو انسان او قصد مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا
وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة وانما
قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود
من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فاصاب رقبة غيره فحزها
او رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطا لان قطع يد رجل وقتله لا يكون قتلا لغيره فكان
مخالفا له من كل وجه والله اعلم **فصل** ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة
رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا القتل والقطع اذا حصلا في شخص واحد كانا على وجوه
ان يكونا خطاين او عمدين او يكون القطع خطا والقتل عمدا او بالعكس فكذلك بالقسمة العقلية اربعة
ثم ان كل واحد منهما موجب فعله من القصاص واخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل
لا غير وان كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين او اهدار احدهما واجب ما امكن تتميما للاول لان
القتل في الاعم يقع في غالب الاوقات بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج
فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا
او بتخلل البرء فيكون القتل اجنبيا ابتدا فلابد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا
فكذلك كما في الصور بين الاولين وان تجانسا خطا جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفا المانع وهو تخلل البرء
والاختلاف واكتفي بدية واحدة وان تجانسا عمدا فقد اختلفا فيه **قال** ابو حنيفة رحمه الله الولي
بالخيار ان شا بين ان يقطع ثم يقتل وبين ان يقتل وقالا يقتل ولا يقطع **وقوله** فان شا الامام قال
اقطعوه كان شمس الايمة السرخسي ينسب الخيار الى الامام عند ابي حنيفة وليس كذلك بل الخيار للولي
فعلى هذا يكون قوله فان شا الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار وقالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم
تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد
المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذا كان
عن الحز واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع
اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف
ما اذا كانا خطاين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة **وقوله** ولان ارش اليد
دليل اخر على جواز الجمع اذا كانا خطاين وتقريره ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع
توهم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب
ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لان
ضمان الكل يشملها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة
وهي انما تتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا
تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطا فمبناه على
التخفيف الا ترى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا
قال رحمه الله ومن ضرب رجلا ماية سوط فبرئ ومن ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان
وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر
في الكتاب **وقوله** وكذلك كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها
لا يبقى معتبرا لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وسياتي تفسيرها في اخر فصل الشجاج وعن
محمد انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب ماية سوط وجرحه وبقي لها اثر يجب حكومة عدل دون

الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقا الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم تبرا وليس بموجود وهذا يشير الى انه ان لم يخرج في الابتدا لا يجب شي بالاتفاق والجرح ان واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيا كما لو ضربه ضربا مولما ومثل هذه المسئله مع هذا الاختلاف ودليلها باب في قبيل فصل الجنين **قوله** ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة والجراحه ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة خلافا لهما فاذا وقع شي من ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شي عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه اما القطع او القتل اذا اقتصر او سرى فكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال الشخص لاخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن لانهما يعتبران بالاذن ابتدا وصار كما اذا عفى عن الجنايه فانه يتناول الساريه والمقتصره فكذا هذا ولابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومه المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا ترى ان المولى لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل لو اقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن اليد ثم سرى واذا لم يكن معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القياس لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صوره العفو اورثت شبهه وهي دارية للقود فتجب الدية **وقوله** ولا نسلم ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر لانه منع كون السراية صفة له ويقال هي القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر **وقوله** بل الساري قتل من الابتدا اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما ازهق الروح به عرفنا انه كان قتلا **وقوله** ولذا لا موجب له من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب اصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محلة فلا يصح واذا لم يصح العفو عن الجناية ظاهر **وقوله** في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القتل القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا وهو في موضعين احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطا والثاني ان العفو عن الجنايه فانه عفو عن الدية ايضا وخلافا وهو ايضا في موضعين احدهما ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطا وعند ابي حنيفه رحمه الله يكون عفوا عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده عن ارش الشجة لا غير اذن اي علم بذلك اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو **قوله** ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده من القطع غير متعرض للعمد والخطا ومنع الاطلاق بان **قوله** فعلى القاطع الدية في ماله يدل على انه في العمد لان الدية في الخطا على العاقله واجيب بان الوضع مطلق لا محاله والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقديره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع عمدا **وقوله** كما لو اوصى باعارة ارضه يعني اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك في جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لا يتعلق به حق الورثه الثاني ان الوصيه باعارة ارضه باطله وان صحت لحكمها الى ان يسكن الموصى له يوما والورثه يوما ان لم يقبل القسمة وان قبلها تعتبر الثلث

للموصي

للموصي له والثالث ان المنافع اموال فكيف صارت نظير ما ليس بمال والجواب عن الاول ان المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثه انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنيا انما يتحقق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافه ذي نسب الميت الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولاية حقيقة او حكما في ماله او حق قابل لها بعد موته وقد قررناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا يختص بالمال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قبوليه القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى تبرع كما عبرنا عنه اتقاوا الوصيه تبرع خاص فيجوز ان يستعار للمطلقه وعن الثالث ان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة **وقوله** فيعتبر من الثلث فيه اشكال وهو انه اذا ان اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقله والوصية للقاتل باطله فيجب ان لا يصح في حصته ان واجيب بان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفى عنه المال بعد سبب لوجوب فكان تبرعا مبتدا ولا مانع عنه الا ترى انه لو وهب له شيا وسلم جاز **قال** رحمه الله واذا قطعت المراه يد رجل اذا قطعت المراه يد رجل فتزوجها على يده فاما ان يقتصر او سرى فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع سوا كان القطع عمدا او خطا ان وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه لانه لما برا تبين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطا او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه حتى ان فالتزوج على اليد ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعلق الاستيفا فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولايه الاستيفا ولا يمكن استيفا القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش خمسمايه دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصح القصاص ولا بدل له يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبولها الزوج يتضمن العفو والمعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقله لا تحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على ما سماه يريد به **قوله** لانه هو الموجب للعمد واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصه ان تساويا وان لم يتساويا رد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطا كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان الى المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شي فيها ولا يتقاصان

لان الدية على العاقلة في الخطا والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما **وقوله** ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها ظاهر **وقوله** ولا شي عليه اي لا دية ولا قصاص **وقوله** يرفع على العاقلة مهر المثل اي قدر مهر المثل **وقوله** ولهم اي للعاقلة ثلث ما ترك من اي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية **وقوله** فانفق جوابهما في الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطا وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلثة **قال** رحمه الله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد كلام واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا شي عليه على ما يجي **وقوله** ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما دليل ابي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه احد وليس اصل المسئلة ذلك وانما هي مبنية على انهما اوجبا له قتل النفس وذلك يبري القاطع عن الضمان فضمنا لايجاب البراة له بعد علمه الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل انه ابرا غريمه عن الدين ثم رجعوا **وقوله** وانما لا يجب المال في الحال جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في الحال **وقوله** وملك القصاص في النفس ضروري جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلث وهي استيفا النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القابل بغيرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا فيه في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان **وقوله** فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشيا الثلثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ملك القصاص لعدم التصرف الضروري **وقوله** بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى **وقوله** واما اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما او ما عفا وما سرى **وقوله** الصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا مستشهدا به وكذلك قوله هو الصحيح **وقوله** والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفى وهو احتيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق واما صاحب الاسرار فمنعه وقال لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفى عن الكف **وقوله** ومن له القصاص في القصاص في الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا اليه من قبل **وقوله** فصار كالامام اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شي عليه **وقوله** والمامور بقطع اليد كما اذا قال اقطع يدي ففعل فمات فلا شي عليه **وقوله** في مجرى العاده يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العاده **وقوله** لانه مكلف فيها اي في المسايل بالفعل اما تقلدا كالامام فانه تقلد القضا وجب عليه ان يحكم او عقدا كما في غير الامام من المسايل يعني البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفا لا وجوب ولا التزام اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطولب بالفرق بين هذا وبين المستاجر والمستعير وسلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد حربي او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستاجر والمستعير للركوب اذا انفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى واجيب بان في الثلثة الاول حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن ولو اهلك المالك دابته لم يجب عليه

شي فكذا اذا كان بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذا ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع مع السراية يصير قتلا من الابتدا ولو قتل ابتدا وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم ودون لكن لا يوصف الضمان فكذا اذا صار قتلا في الابتدا لا نه مستند الى ابتدا القطع والله اعلم

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهاده فيه في باب على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغايب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان كان الخطا لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على اخر والاصل ان استيفا القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة رحمه الله تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا والتدافع والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد واما من جهة الملك للوارث فلو قوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان ان السبب قد تحقق فصح من كل منهما العفو لذلك واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما ان القصاص من طريقه طريق الوراثه كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثه خصما عن الباقين واستدل لهما على ان طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون الميت يقضي به ديونه وينفذ منه وصاياه ولابي حنيفة ان طريقه طريق الخلافه وهو ان يثبت لمن يخلف ابتدا كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتدا بطريق الخلافه لان العبد ليس باهل للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت الملك للمورث ابتدا ثم للوارث **وقوله** بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اي الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكه فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتدا لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد الغايب البينة بعد حضوره وهذا انسب للقواعد الفقهيه فان المحل مما للشبهه فيه مجال **وقوله** فان اقام القاتل البينة واضح **وقوله** لانهما احران تعليل لقوله فشهادتهما باطله وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبي لانهما زعما ان القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما **وقوله** فان صدقهم القاتل فالدية بينهم اثلاثا يتاتى فيه الاقسام العقليه لانه اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذباهما او يصدقهما القاتل دون المشهود عليه او بالعكس والمذكور في الكتاب اولى وهو ان يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل واشار بقوله وحده الى انهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شي للمشهود عليه لانه لنفسه بقية الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا **قوله** وان كذبهما اي كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شي للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الديه لما ذكره في الكتاب **وقوله** وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الديه لاقراره بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شي لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه ووجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الديه لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب

الغايب صح

فان قيل كيف يكون لهما الثلث وهو انه قد اقر انه لم يستحق على القاتل شيا بدعواه العفو قلنا ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية

نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهد بين العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما
بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها
لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا **قال** واذا شهد الشهود انه ضربه صورة المسئلة ظاهرة
وقوله اذا كان عمدا قول المصنف احترز به عن الخطا ثم قال وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح
لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند ابي حنيفة كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن قد يكون
خطا فكيف يثبت القود اجيب بانهم لما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه
لانه لو كان مخطيا لم يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه واقول هذا ليس بوارد
على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا بعد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه
المصنف **قوله** واذا اختلف شاهدا القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين
في الاموال يمنع عن الحكم فما في النفوس اولى **وقوله** لان المطلق يغاير المقيد فان المطلق يوجب الدية في ماله
والمقيد بالعصا على العاقلة **وقوله** فان شهدا انه قتله واضح **وقوله** ولانه محل اجماله في الشهادة
في صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى
الابهام والثاني بمعنى الصنع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال
الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى
كلا التقديرين يجب ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بالاختلاف موجب السيف والعصا وان
كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري
اختاروا حسبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاجمال وجعل كذبهم هذا معفوا عند الله لما جاء في الحديث
ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فنمى ويليهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله ولو اكذبهم
ظاهر ما ورد باطلاقه اي بتجويز الكذب **وقوله** وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه في
معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود
الحديث كذلك ورودا ههنا **وقوله** فلا تثبت الاختلاف بالشك يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجملوا
واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل
العمد ولا يلزم العاقلة **وقوله** واذا اقر الرجلان مسئلتان مبناهما على ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما
اقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر في النصف وكذبه في النصف صح
الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به تبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا
له وتفسيق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كل ما اقر
به بطل الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا لو قال المقر له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا منهما
لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب
الاخر في الجميع وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ
بالله ثم وقع في السهم فعلى الرامي الدية لورثته المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد
سقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن لانه اخرج المتقوم عن التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق
المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه فصار به مبرئا كما اذا ابراه عن الجناية او حقه ابعد
الجرح اي انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا
فعل منه بعده وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي والرمي اليه فيها متقوم

واستوضح

واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اصاب فان ردته بعد الرمي لا تخرج لان
فعله ذكوة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطا وكفر بعد الرمي قبل الاصابة
فانه صحيح وهذه العبارة انسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة
هناك لان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص اجاب
بقوله والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجب
الدية اي في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم
وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته
متقوما بعد ذلك ونوقض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم لا يعتبر بالفعل ولهذا يجب
بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك والذي رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به
السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله
عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمان مائة لزمه
ما يتادى بهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة
العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع
السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما تجب النقصان واذا انقطعت السراية
بقي مجرد الرمي وهو جناية تنتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين قيمته
مرميا الى غير مرمي ولهما انه يصير قاتلا من حين الرمي في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة رحمه الله
وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل **وقوله** حيث اعتبر
هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما والضمان يعتمد
العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي للاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم
ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد **وقوله** بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكرنا
لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية وتحقيقه ان القطع فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف
نهاية الجناية وبدايتها فان في ذلك بمنزلة تبدل المحل وانما نعلم به الرغائب فلم يخالف لانتهاء الابتداء فيجب
قيمته للمولى وفرمان يخالف في وجوب القيمة يعني ويقوله بالدية نظر الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققنا
والباقي ظاهر الى اخره والله اعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات
ظاهر المناسبة لان الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم
ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس
كالعدة من وعد **قال** وفي شبه العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية
المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله
تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الاية وهو نص على كونها
بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف **قوله**
ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلالا بالاية بوجهين اخرين احدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع
بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لا يتيسر فلا يعلم انه هو الجزاء او بقي منه شيء ومثله
محل الا ترى انه لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبده حر ولكنه لم يقل لا يكون
الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم والاخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة
الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف يعني في اصول الفقه ويجزيه رضيع

ن

احدا بويه مسلم لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف ولا يجزيه ما في البطن لانه لم يعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطا المتلو ناي يعني قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية اي دية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق فقوله في بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير في كلها الثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطا المحض فان الابل فيه تجب اخماسا وذلك اي كونه اغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المومن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت منه عليه السلام هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولابد منه بالاجماع وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله عنه تجب اثلاثا ثلاثة وثلثون حقة وثلاثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه مثل ما قلنا ارباعا والراي لا مدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما روياه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن اولى **وقوله** لا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة الاف درهم والف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح يغلظ في النوعين الاخرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطا والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطا يزاد على عشرة الاف درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم يوجد في الخطا وهذا المعنى موجود في الاخرين فيجب التغليظ فيهما واما ما ذكره في الكتاب ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه ياتي بالتغليظ لان عمد الاتلاف وخطاوه في باب الغرم سواء ولان له ابلا ابطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة **وقوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه **وقوله** لما بيناه من قبل يعني في اول كتاب الجنايات **قال** والدية في الخطا مائة من الابل اخماسا اخماسا قيل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد اجمعت الصحابة رضي الله عنهم على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود رضي الله عنه عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطا اخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود رضي الله عنه وعن علي رضي الله عنه انه اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا لكن ما قلناه اخف فكان اولى بحال الخطا لان الخاطي معذور **وقوله** غير ان عند الشافعي استثنام قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه انه اليق بحال الخطا **وقوله** ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنا عشر الف درهم لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ان عمر رضي الله عنه روى عن النبي

صلى الله عليه وسلم انه قضى في الدية بعشرة الاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تاويل وذكر المصنف رحمه الله تاويلا ما ذكره الشافعي رحمه الله انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك فابطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال روى عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة الاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهده وذلك ينافي والثاني ان وزن ستة يزيد عليه اثنا عشر الفا فلا يكون التاويل بذلك صحيحا والجواب عن الاول ان المنقول كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة ايضا ولا ينافي فقد حينئذ وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الاشيا الا انه اضيف الوزن الى ستة تقريبا **قوله** ولا تثبت الدية من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا منها اي من الانواع الثلاثة يعني الابل والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسيره ذلك كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل وقال وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع الولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة على ما هو المذكور في باب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل **وقوله** لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاء الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة وعن ابي حنيفة رحمه الله ان التقدير انما يستقيم بشي معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شي مما وجب ضمانه بالاتلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة كما رويناها وعدمناها في غيرها فان قيل فنلحق بها دلالة انها في معناها من كل وجه **وقوله** وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط اورد هذا شبهة على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه وروده ان محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من الفي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف الثلاثة ايضا من الاصول المقدرة عنده ايضا وذكر الجواب على وجهين احدهما تقرير الشبهة ويرفع الخلاف ولا ارى صحته لانه ينافي قوله وفي كتاب الديات كما مر انفا والثاني رفعها بحمله رواية المعاقل على انها قولهما وحمل بعض مشايخنا على ان في المسئلة عنه روايتين **قال** رحمه الله ودية المراة على النصف من دية الرجل دية المراة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع لانه لا مدخل للراي فيه **وقال** الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول تعاقل المراة الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمراة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتبارا لها بالثلث وما فوقه الصواب ان يقال اعتبارا لها بما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد

في الاصل بلغنا عن علي رضي الله عنه انه قال دية المراة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك ناخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه ثلث الدية وما فوقها بتنصف وما دونه لا يتنصف وبه اخذ الشافعي وهذا يصحح قول المصنف رحمه الله واحتجوا في ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امراة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة اصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي انت قلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي فان السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عليه ما روينا بعمومه وان حالها انقص من حال الرجل فان الله تعالى وللرجال عليهن درجة منفعتها اقل لا يتمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يجهله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقوله سعيد انه السنة يريد به سنة زيد رضي الله عنه فان كبار الصحابة اولو الخلافة ولو كانت سنة الرسول صلى الله عليه وسلم لما خالفوها قال ودية المسلم والذمي سواء دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي رحمه الله بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تعالى افمن كان مومنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على ان دماء غيرهم لا تتكافأ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة تنتقص الدية وبالكفر اولى وبان الرق من آثار الكفر وبه تنتقص الدية فبالكفر الموجب له اولى والجواب عن الاثنين ان المراد احكام الآخرة على انهما لا يعارضان قوله وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية الدية في قتل المومن وعن الحديث لانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول لان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فان المراة لا تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز عليه من ماله والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس اولى وان لم يكن في المسئلة الا ما روى الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روي عن علي رضي الله عنه انهم انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور في المسئلة ما لا يخفى على احد

فصل فيما دون النفس

اعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لنا وهو ما دونها قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعادة ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيد لذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اول الجنايات ومعنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في النكاح ومنه

قوله

قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل والشاة بخمس شاه وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبة الانف وهو ما لان منه كلها لانا في له في البدن عضوا كان ومعنى مقصودا تجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضا ما هو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثدي المراة والانثيين والرجلين ومنها ما هو اربع كاشفار العينين ومنها ما هو اعشار كاصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال تجب كل الدية وقيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لا تجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس وآلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا تجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل واما اذا اتلف الكامل فتجب فيه الدية لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فان كان جنس المنفعة او الجمال قائما بعضو واحد فعند اتلافه تجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي كمال كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائما باربعة اعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائما باكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه وقوله قيل يقسم الدية وان كان قائما على عدد الحروف يعني على جملة الحروف ما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية في الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف فما لم يمكنه اسا لخرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي ان رجلا قطع لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرا ا ب ت ث فكلما قرا من الحروف اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرا اوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل وبه صححه شيخ الاسلام وبان الاداء بالحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان ان تصبات بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيا فتجب لامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه لان بعضها عن معرفة ذهابها الحواس يقبل اذا صدقه الجاني ويستحلف على البتات ويحلف على فواتها وقيل يعتبر فيه الدلالة الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار وطريق معرفة السمع ان يتغافل وينادي فان اجاب علم انه يسمع وحكي الناطفي عن ابي حازم القاضي ان امراة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجاة غطي عورتك فاضطربت وسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس مفتوحة العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقي بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يبصر وطريق معرفة الشم ان يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة فان نفر علم انه لم يذهب شمه وقوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا تجب الا دية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا اندفع ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت فان في الموت استتباعا دون موته وعلى ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه كما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه يفوت به

نبين

منه بعض

نشت

منفعة الجمال فالوا والوحلق راس انسان اولحيته لايطالب بالدية حالة الحلق بل يوجل سنة لتضور
النباتة فان مات قبل السنة ولم ينبت فلاشي على الحالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمراة والصغير والكبير
في ذلك سوا **وقوله** في الاذنين الشاخصتين اي المرتفعتين وصفهما الدفع ارادة السمع **وقوله** انه يجب
فيهما كمال القيمة هو رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال والتخريج على الظاهر
وهوانه يجب نقصان القيمة **وقوله** هو الاصح احترازعما قال بعض مشايخنا يجب قيمته كما له الدية
لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال **وقوله** ويستوي الخطا والعمد يعني كما يجب الدية في حلق
الراس واللحية فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وصورة حلقهما خطا ان يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته
ثم انه غير مباح الدم فلم يوجب القصاص موجود اذا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان واجب
بان القصاص عقوبة والعقوبة لاتثبت بالنص او دلالة ولا نص في الشعور وليست في معنى
المنصوص وهو الجروح لايحتاج الى تفويتها الى الجراحة والضرب ولايتوهم فيها السراية كما يتوهم
في الجراحات وليس فيه اما نه ذي الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص لانه كما لايجوز قياسا **قال**
رحمه الله وفي العينين الدية الاصل الذي ذكرناه في صدر هذا الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار
جمع شفر بالضم **قال** المصنف رحمه الله يحتمل ان مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك
دفعا للخطابة من خطا محمدا في اطلاق الاشفار على الاهداب وقالوا الاشفار منابت الشعر وهو حروف
العين منابتهما واطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل ان مراده الاهداب
فيكون مجاز المجاورة ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل ان مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد منهما من
المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكره في الكتاب **وقوله** وهو نظير
انقسام دية اليد على الاصابع يعني ان عشر الدية الواجب بازا كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها
فما فيه ثلاث مفاصل كان لكل منهما ثلاثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه **وقوله**
والاسنان والاضراس كلها سوا اما لو افيه نظر والصواب ان يقال وفي الاسنان كلها سوا
ويقال والانياب والاضراس كلها سوالان السن اسم الجنس يدخل تحته اسنان وثلثون
اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما تلي الرباعيات
الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنا عشر سنا يسمى بالطواحن
من كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعد هن من وهي اخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه ينبت
بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال والاضراس والاسنان والاضراس سوا العود الى معنى
الاسنان وبعضها سوا فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت اسنانه كلها كانت عليه الدية وثلثة
اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته
الترمن مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة
وهو خلاف النص **وقوله** لان المتعلق يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس
المنفعة لا فوات الصورة فان قيل لانسلم ان فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية
بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في وقت الحاجبين واللحية وليس احدهما اولى باستتباع
الاخر فيكون الحصر في غير موقعه **اجيب** بان الجمال مقصود في عضو لايكون المقصود
منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الاترى انه اذا قطع اليد الشلا يجب حكومة عدل
لا البد لان المقصود باليد لما كانت المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال
فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا ايضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع

لوجود

لوجود المستتبع اولى **وقوله** لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة النسل **وقوله** لانه فوت جمالا
على الكمال وهو استقامة القامة وهي تزول بالحدوبة **فصل في الشجاج** لما كان
الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله ذكره في فصل على حدة **قال**
رحمه الله الشجاج عشرة **ووجه** ذلك ان قطع الجلد لابد منه للشجة وبعد القطع
اما ان يظهر الدم او لا والثاني هو الحارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد الاظهار او لا
والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم والثاني هو الدامية والاول اما ان يكون
قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم اولا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر على الاظهار
او يتعدى والاول هو السمحاق والثاني ان يقتصر على اظهار العظم والدماغ ام لا والاول هو
المتقلة والثاني هو الامة اولا والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم اولا
والاول هو الهاشمة والثاني ما يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلد بين العظم
والدماغ ام لا والاول هو المنقلة والثاني هو الامة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها
وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لاتبقى بعدها عادة فكان ذلك
قتلا لا شجة على ما يجي في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقرا انحصار الاثار الشجا
لا تزيد على ما ذكر في الكتاب فقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك
وهو واضح **قوله** ولان فيما فوق الموضحة يريد ما هو اكثر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة
والامة **وقوله** فيما قبل الموضحة يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمستا
ما يستربه الجرح اي تقدر قدر غوره بحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما
قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل واما على
روايته فقد تجب القصاص فيما قبل الموضحة **وقوله** في الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح
ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسحر دليل عليه وما وصل الى الرقبة
الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية
فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالراس والوجه
والجبهة والذقن وهذا الاختلاف عبارة لايعود الى معنى يعني يرجع الى ماخذ الاشتقاق فمحمد
رحمه الله ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان اذا اتصل احدهما بالاخر فالمتلاحمة
ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها تقطعه **وقوله** واما اللحيان يريد به
العظم الذي تحت الذقن **وقوله** وقد يتحقق فيه معنى المواجهة قيل عليه فيجب ان يكون
غسلهما فرضا في الطهارة **واجيب** بانه تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع
ههنا فبقيت العبرة للحقيقة **وقوله** ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين مثاله ان
كانت قيمته من غير جراحة يبلغ الفا ومع الجراحة يبلغ تسع ماية علم ان الجراحة اوجبت نقصان
عشر قيمته فاوجب عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضي والفتوى على هذا **وقوله** ينظر
كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فان كان مقدار ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان
ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلاثة ارباع الموضحة قال
شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي رضي الله عنه فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع
طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد **فصل** لما كانت الاطراف دون
الراس ولها حكم على حدة في اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله

صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر من الابل **وقوله** على ما مر اشارة الى قوله ولان قطع الكل يفوت جنس
المنفعة الاخرى و **قوله** ولا تبع للتبع يعني واذا لم يكن تبعا الا للاصابع ولا للكف وجل عباره
على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شي مقدر فيجب فيه حكومة عدل واجيب
عن قوله والبداسم لهذه الجارحه بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل
الزند كما في اية السرقه **قوله** وان قطع الكف من المفصل واضح **وقوله** والترجيح
من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقه
فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس كذلك
وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالراي وهو
لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الراي ضروري والضرورة
عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان لا اعتبار عند ابي حنيفة رحمه الله لتقدير الشرع
نصا لم يفرق بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة ارشا مقدرا فيجعل
الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له ارشا مقدرا
وما شي من الاصل وان قل فلا حكم للتبع **وقوله** في الاصبع الزايدة حكومة عدل يعني سوا قطع
عمدا او خطا وسوا كان للقاطع اصبع زايدة اولى اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى
فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيمه شرط جريان
القصاص ولم يوجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزايدة حكومه عدل ومتى تعرف بالقيمة
والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يتيقن ثمه **وقوله** لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه
ولا زينة قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة وازالها رجل
ولم ينبت مثلها فانه لم يجب فيه حكومه عدل وان كان الشعر جزءا من الادمي بدليل انه لا يحل
الانتفاع به اجيب بان ازالة جزء الادمي انما يوجب حكومة عدل اذا بقي من اثره ما يشينه
كما في الاصبع الزائدة وازالة الشعيرات تزينه لا تشينه فلا يوجبه كما لو قص ظفر غيره باذنه
وقوله وكذلك السن الشاغية اي الزايدة لما قلنا يريد به قوله لانه جزء من يده
فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي تخالف نبتتها نبت غيرها من الاسنان يقال رجل
اشغى وامراة شغوا فانها وان كانت زايدة فهي نقصان معنى **وقوله** والظاهر لا يصلح
حجة للالزام انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه لو اعتق
صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضا بيقين يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد
تقدم من قبل في قوله وكذا العين رحمه الله **وقوله** ومن شج رجلا فذهب عقله
او شعر راسه في هذا بيان ان الجزء قد يدخل في الكل **وقوله** فصار كما اذا اوضحه
فمات يعني من حيث ان ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهايم
او من حيث ان العقل ليس في موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد **وقوله** وارش الموضحة
يجب بفوات جزء من الشعر لبيان ان الجزء به **وقوله** حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني
ارش الموضحه لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه
معلوما **وقوله** وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات
الشعر لكن سببا لموضحة البعض وسبب الديه الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع
اصبع رجل فشلت يده **وقوله** وجوابه كما ذكرناه قبل يعني به قوله لان بفوات العقل

يبطل منفعة جميع الاعضا وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول **وقوله** قالوا
يعني المشايخ هذا قول ابي حنيفة وقع سهوا وابي يوسف قال في النهاية ذكر ابي يوسف كما هو في
الايضاح مع ابي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداوله فينبغي ان يذكر
محمدا مكان ابي يوسف كما هو في الايضاح او لا يذكر احدا اصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع
الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطا واما اذا كان عمدا يجب ارش الموضحة
ودية السمع والبصر **قوله** وجه الاول هو ان ارش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب
السمع والبصر والكلام **وقوله** على ما بينا يعني قوله لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضا
وقوله وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف ان السمع والكلام مبطن فان يريد به الكلام
النفسي بحيث لا ترتسم فيه المعاني ولا يقدر على التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب
العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر **وقوله**
وقالوا يعني المشايخ اي قال المشايخ ينبغي ان تجب الدية فيهما اي في العينين **وقوله** لها في الخلافية
اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهب عيناه لا يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية وله اي لابي حنيفة
رحمه الله ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك
فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي الثابتة حالة
الشج وكذا المحل اي محل الجنايتين واحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر ونهاية الجناية لم توجب القصاص
بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما **وقوله** بخلاف المفسر جواب عن قولهما كمن
رمى رجلا عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله ووجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني
حصل من سراية الاولى وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الالام وهو انما يتحقق في شخص
واحد **وقوله** بخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب
السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه
ان القطع الثاني انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس
بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا مقصودا الضمير فيه عايد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه
يندفع ما قال في النهاية الذي في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظر وان الصواب ما ذكره في الجامع انه
مقصود وليس من اثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما
ذكره من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني **وقوله** وقالا وزفر تركيب غير جائز
ولو قال وقالا فيهما وزفر كان صوابا **وقوله** والوجه من الجانبين قد ذكرناه انما يريد قوله
ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الى اخره **وقوله** انه يجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب
البصر فرق محمد رحمه الله على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب
القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة
بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة **وقوله** بخلاف
الخلافية الاخيرة يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى **وقوله** الا ترى ان الشجة
بقيت موجبة في نفسها حتى وجب ارش ها دية العينين عند ابي حنيفة رحمه الله والقصاص في الموضحة
والارش في العينين عندهما **وقوله** فما كلنا اي صارتا واحدا بالاكل فهو على الروايتين هاتين
اي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهورة وفيهما القصاص على رواية
ابن سماعة وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل

بيوم وليس به الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص بسبب الالم من القيمة وقوله فهذه سن
الاول يعني بغير اعوجاج والذي نبت معوجا تجب حكومة عدل وقوله ولهذا يستاني حولا اي يؤجل
سنة بالاجماع وقال في التتمة حتى يبرا موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر
فلا يفيد التاجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله المصنف لان الحول يشتمل على الفصول الاربعة ولها
تاثير فيما يتعلق في بدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله
بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير
جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستاني حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع وقوله
فاختلفا قبل السنة اي قال المضروب انما سقط سني بضربك وقال الضارب بسبب اخر وقوله ليكون
التاجيل مفيدا يعني ان التاجيل انما يكون ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التاجيل وعدمه سوا
وقوله وان اختلفا في ذلك اي في سقوط السن بعد السنة وقوله سنبين الوجهين اي وجه لاشي
على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله يجب الارش كاملا وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه
ان يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى او من الاسنان التي
ترى وقالوا الواجب ان يكون الجواب على التفصيل فاذا كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش
فقد منفعة المضغ بالاسود دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى
فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند اخرين
حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون
الانسان في بعض الانسان وانما يمكن فيه نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها
لا تكون لونا لاسنان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال رحمه الله ومن
شج رجلا فالتحمت كلامه ظاهر وتعليل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الموعود قبل هذا
بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع الى اخره جواب عن ابي يوسف
فالالم الحاصل مازال وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه ان تحمل الالم من المنافع ومعالجة
الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة الصحيحة او شبهته كالاجارة الفاسدة
وللمضاربة الفاسدة ولم يوجد شي من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيا وقوله ومن ضرب رجلا يعني
اذا ضرب رجلا فجرحه فبرا منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان لم يجرحه فلا شي عليه بالاتفاق وان
لم يبق اثره فهو الخلاف قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة ووجوب
ارش الالم عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد وقوله لان الجنايتين من جنس واحد لكون
كل واحد منهما خطا وقد تقدم اقسام هذه المسئلة وقوله ومن جرح رجلا جراحة واخر وقوله
لانه مال وجب بالقتل ابتدا يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه
عمدا كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي رحمه الله وقوله
لا سبيل الى زيادة يعني المعجل بانه زايد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف
وايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار الحدية
قدرا لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل
العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله عمده اي عمد كل واحد منهم قوله ولهذا تجب الكفارة
به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله وتحرم
على الميراث على اصله اي تثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي

لانهما متعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما احد
حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الاخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل ذلك

فصل في الجنين

عقب اجزا احكام الاجزا الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام
واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية غرة المال خياره كالفرس
والبعير النجيب وسمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشي
اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف رحمه الله معناه اي معنى
قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمس مائة درهم
لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر ان لا يجب شي لانه
لا يعلم حيوته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل
الظاهر انه حي او معد للحياة قال الظاهر لا يصلح حجة الاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين
البهيمة الا نقصان الام ان تمكن ووجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في الجنين غرة عبدا وامة قيمته خمس مائة ويروى او خمس مائة فتركنا القياس بالاثر وروى
الامام المحبوبي ان زفر سيل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبدا وامة فقال السايل لم والحال
لا يخلو من انه مات بضربة او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم ينفخ
فيه الروح لا يجب شي فسكت زفر فقال له السايل اعمد سابك فجاز فر الى ابي يوسف فساله
عنه فاجابه ابو يوسف بمثل ما اجاب زفر فحاجه بمثل ما حاجه السايل فقال التعبد التعبد
اي ثابت بالسنة من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان
وماله في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا انفا ويحتمل انه رجع من احدهما الى الاخر والحديث
المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة الاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة
اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية قوله
اذا كان خمس مائة درهم قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمس مائة
ورد بان ما يجب في جنين الامة هو مال المضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمس مائة
على ما يجي وقيل العلة وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذا كان خمس مائة تعليلا لكونها
على العاقلة وقوله في ماله اي في مال المضارب لانه بدل الجزء اي جزء الادمي فصار
كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا دية امر مخاطب من الردي وهذا
الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جارتين
لي فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم
اولياوها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة
دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه بطل فقال
عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وارجز العرب قوموا فدوه والحديث
فيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل جواب عما يقال
الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا
كان خمس مائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر وقوله لان بدل العضو اذا كان
ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها او اكثر وفي بعضها

والاكثر قال الشارح وكلاهما غير صحيح لان المراد ان يكون لا اقل من ثلث الدية اكثر
من نصف العشر وهو انما يكون اذا ان اكثر صفة لا قل او بدلا منه ولعل العطف بالواو
نبيه ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر
كان الحكم كذلك بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء هنا على من وجب يجب في ثلث
سنين صورته ان يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف
عشر الدية في ثلث سنين على ما يجي في المعاقل ان شاء الله ويستوي فيما يجب في
وجوب قدر الغرة بانه عبدا وامة قيمته خمس مائة لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه
وسلم في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمس مائة درهم ولان في الجنين دليل
معقول على التساوي بين الذكر والانثى واراد بالجنين تثنية الى الولدين المنفصلين الذكر
معناه انما ظهر التفاوت بين الذكر والانثى الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني
الادمية في المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكه مالا مملوكه نكاحا فكان بينهما
تفاوت فيما هو من خصائص الادمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمس
مائة وان القته حيا ثم مات اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت
احدهما بعد الضرب وهي ان خروج الجنين من الام اما ان يكون في حال حياتهما او في مماتهما
او في حال حياة الام ومماة الجنين او على العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب
فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت
جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب وان واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع
ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في
تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه
الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت
بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق
بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان **قال** وما
يجب في الجنين موروث عنه كلامه واضح في جنين الامة يعني في جنين الامة
اذا كان ذكرا او لم يكن الا الحمل من المولى ولا من المغرور نصف قيمته لو كان حيا وعشر قيمته
لو كان انثى وطريق ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا في كونه وهيئته لو كان حيا
فينظر كم قيمته فيجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى وانما قيد بان يكون
الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فضاع الجنين ان
ووقع التنازع في القيمة فالقول للضارب كانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف
على ذلك لونه وانوثته يوخذ بالمتيقن لا الضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور
النقصان يعني في الاصل الا ترى انه اذا قلع السن فنبت مكانه اخرى لم يجب شي وههنا
بدليل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار معنى
النفسية لا الجزئية فيتقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقال
ابو يوسف هذا غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل
في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول ابي يوسف رحمهم الله وعنه
في رواية انه لا يجب لانفصال الا ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شي كما في

حالتهم

جنين

جنين البهيمة فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبار الحالة
الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبار الحالة التلف لا يقال هذا اعتبار
لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحال ايضا قيمته حيا لجواز ان لا يكون حيا فلا يجب قيمته
حيا هناك بل يجب الغرة ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت
ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا ثمان مائة درهم
يجب على الضارب مائتا درهم على ما يذكر بيانه نجد هذا في جناية المملوك والجناية
عليه في مثله ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وقد عرفت في
النفوس المطلقة الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس
لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا ترى انه لم يجب كل البدل
والباقي ظاهر لا يحتاج الى الشرح

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسببا والاول اولى بالتقديم
اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه **قال** ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا
الكنيف المستراح والميزاب والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه
الانسان من الحائط ليبني عليه والعرصة بالضم الناحية قيل المراد به ههنا افناء الناس بمنزلة
اي اضعفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة اشياء في اباحة العمل وفي الخصومة
وفي ضمان ما يتلف به والمذكور في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع وفيه خلاف بين
العلماء قال ابو حنيفة رحمه الله لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه
ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل
احد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ليس لاحد حق المنع اذا لم فيه ضرر لانه
ماذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة
رحمه الله وقالا ليس لكلنا ما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالماذون من الامام فلا يرفعه احد واما ابو يوسف
فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد فيه فالذي يحدث يريد ان يجعلها في يده بنفسه خاصة فاما بعد الوضع
فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت واما على وجه
قول ابي حنيفة فهو المذكور في الكتاب ويبيع للذي عمله بيان الاباحة وهو ظاهر
صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني متعديا عن مقدار حقه
في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا
واما اذا كان غير نافذ فهو له وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب باب
الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الاسلام
رحمه الله المراد بغير النافذ المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها
وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه على
كل حال اي سواء كانوا اسلاوا قبل او لم يكونوا واذا شرع في الطريق روشنا وهو الممر على العلو
بيان لوجوب الضمان مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والباب والجرصن والميزاب
فالضمان على الذي احدثه فيهما يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه
الحالة والمدفوع كالآلة وان سقط الميزاب هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه
الطرف الداخل او الخارج او اصاباه جميعا وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة في الكتاب

ب

بوجوبهما لانه ليس بقاتل حقيقة يعني الكفارة وحرمان الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة
والالساوي الملك عنه كما في الرمي قبل الذكاة فلا حقيقة فالقياس يتمول الوجوب في الضمان والكفارة
والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيهما والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي
صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان
القتل عمدا او خطا ولم يوجد شي منهما اعتبارا للاحوال يعني يعلم بيقين انه قتيل الجراحة
ولا يعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان
فيجعل كانه حصل بالطرفين ولو اشرع جناحا ظاهر وقيل المشتري ايضا متعد بترك الرفع
مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبب ولم يوجد منه ذلك
فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فلا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب
واستشكل ايضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب
انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان صيرورة صاحب
الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح شاغلا هواء طريق
المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع ولو حركته اي الجمر فقيل فيه تلوح الجانب الريح ان هبت بشررها
فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر في مكانها واليه ذهب بعض اصحابنا
قيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان
اختيار شمس الائمة الحلواني وقد افضى اليها اي الى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح
ولو استاجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء
داري كان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غيره فقال ففعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل وبعده
فالضمان عليهم ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب
القياس لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجرين
كما لو استاجر ليذبح شاة جاره له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الامر وفي الاستحسان يكون الضمان على
الامر لان هذا الامر صحيح من حيث انه غير مملوك ان فناه مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع
بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الامر
بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة
الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع
بفناء داره فبالنظر الى هذا كان امره معتبرا ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه
فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه تقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به
بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب والرش والوضوء كما في الدار المشتركة
يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته لانه
صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها في فناء حانوته قيل الفناء
سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب
فتعقل اي نشب وتعلق بالبناء يجب الضمان على الامر لم يتعرض بان ذلك اذا
الاجير ان الفناء لغير الامر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا
الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستاجر حتى قال وان استاجر رجلا
ليحفر له بيرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان

على الاجير

على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر
رحمه الله ومن حفر بيرا في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة
وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالراي افتعال
من الفوت وهو السبق وكذا الجواب على هذا التفصيل يعني انه لو فعله بامر من له الولاية
في الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه و كما ذكرناه يعني من اول الباب
الى هنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البير
وغيره يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع ان
وكذا ان حفره في ملكه وان لم ياذن له الامام وكذا اذا حفره في فنائه يعني
وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر بان لا يضر لاحد
واذن له الامام اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وهذا معنى هذا الجواب وهو انه يضمن
اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح ولو حفر في
الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما اي اختناقا بالعفونة قال في الصحاح يوم غم اذا كان ياخذ
النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول ابي حنيفة انه مرجوح على عادة
من يوخر الراجح فان الفقه معه الا ترى انه لو حبس رجلا في بير حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف
ما لو مات فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر من الوقوع لوجوب
الضمان وان استاجر اجراء لحفر وهاله في غير فنائه يعني بان كان الفناء للغير او طريقا
للعامة لكنه غير مشهور فاما ان يعلموا انها في غير فنائه او لا فان كان الثاني فالضمان على
المستاجر ولا شي على الاجراء لان الاجارة صحيحة ظاهرا اذا لم يعلموا وذلك يكفي لنقل الفعل
الى الامر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة
وبالناس الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر لانهم كانوا
مغرورين دليل قوله ولا شي على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المامور مغرورا
كالامر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا هناك يضمن المامور ويرجع على الامر لكونه مباشرا
وكون الامر مسببا والترجيح للمباشر فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان
كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد فيترجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء
لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك فلا ينقل فعلهم اليه وليسوا بمغرورين فيبقى الضمان عليهم
فبقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور
به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له المناسب ان يقال لان الامر
لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق بين هذه المسالة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجراء
هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الامر وههنا لم يضمنوا اصلا والجواب ما اشار اليه
المصنف رحمه الله في ذبح شاة غيره بان الذابح مباشر والامر مسبب وقد تقدم ان اشراع
الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وان قال لهم هذا فنائي ظاهر فكان الامر
بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يده في التصرف الى الحرم فان قيل
قوله ليس فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة في مقابلته اجيب
بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهذا لفظ
المبسوط فيكون الصريح مشتركا لدلالة فلا يعارض الدلالة رحمه الله ومن جعل

قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح **وقوله** لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة تعد
اما وضع الخشبة فكونه ظاهر واما بنا القنطرة فلان الباقي فوت حقا على غيره فلان التدبير في وضع
القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان نجاية لهذا
الاعتبار والجناية تعد لا محالة **وقوله** وهذا اللفظ يعني به **وقوله** فعطب به فهو ضامن
يشمل وجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشي المحمول عليه وتلفه بالتعثر بعد ما وقع في الطريق
وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ
الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يحمل الشي في الطريق فيسقط منه ذلك
الشي فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين وفي بعض الشروح جعل
قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الردا فاسد لان
موت الانسان بسقوط الردا عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع
النظر عن المعطوف عليه **وقوله** فيخرج بالتقييد بما ذكرناه يعني بوصف السلامة **وقوله** ما لا
يلبسه عادة يعني مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اللبس زيادة
على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم عموم البلوى **وقوله** للعشيرة يعني لاهل المسجد
وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد
من اهل المسجد **وقوله** كنصب الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان موجودا فنصب الامام
اليه وهو مختار الاسكاف قال ابو يوسف الليث رحمه الله وبه ناخذ الا ان ينصب شخصا والقوم
يريد وان من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المصنف اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب
الامام والموذن والباني اولى بالعمارة **وقوله** وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فلهم
تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرر الجماعة **وقوله** وقصد القربة لا ينافي
الغرامة جواب عن قولهما لان هذه من القرب **وقوله** كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة
لكن اخطا الطريق بان شرطها ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادته فاذا نقصت انقلبت قذفا
واستوجب الحد **قال** رحمه الله وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل وان جلس في المسجد رجل من
العشيرة فعطب به رجل فاما ان كان في الصلاة او لم يكن فيها فان كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت
الصلاة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث
او للصلاة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثنا او في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد لحديث قال
المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي رحمه الله وقال
بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل الاضمان فيه بالاتفاق ولقايل ان يقول
في عبارة الحماية الكتاب نكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير **وقوله**
ولو كان جالسا لقراءة القران من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد
اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو بالاختلاف كما رايت وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل
على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف **وقوله** لهما ان المسجد انما بني للصلاة
والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال
وقوله وانهم عاكفون في المساجد **وقوله** وله ان المسجد انما بني للصلاة لان المسجد موضع السجود الا
ترى ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه

يطلب

يطلب موضوعه الاصلي دون العكس وما نحن فيه ليس المسجد الا لاجل الصلاة ولا دلالة لما ذكر من الايتين على ما سوى
المعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضوع الاصلي وما الحق به
والباقي واضح **فصل في الحائط المائل** لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح
والكنيف وغيرها الحق مسائله بها في فصل على حدة **قال** رحمه الله واذا مال حائط
الى طريق المسلمين اخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسألة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا
رحمهم الله استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروي عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغير
من التابعين والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب **وقوله** وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام
كالرمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للاكلة عند خوف هلاك النفس **وقوله**
ويتحملها العاقلة قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشيا
على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهر
والظاهر لا يستحق به حق على الغير **وقوله** والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب
الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيا ولو
قال ينبغي ان تهدمه فذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة
مسلما كان او ذميا او صبيا او امراة ان مال الى الطريق فيهم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها
وصاحب الدار او سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة
او اعارة فلم ينقض حتى لو سقط على انسان فلا ضمان على احد **وقوله** والشرط هو التقدم دون الاشهاد
حتى لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب الضمان وان لم يشهد عليه **وقوله** لان فعل هؤلاء كفعله
اي فعل الوصي والام والاب كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك
لما هدر القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي **اجيب** بان التقدم
جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كان التقدم لم يوجد في حق
الصغير ثم انهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك
النقض بعد التقدم اليه لحضور رب المال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه **اجيب** بان
في ترك النقض دفع مضرة محققة وهي مضرة مونة النقض وبيانه تابنا وفي النقض دفع مضرة موهومة
لجواز ان لا يسقط وان سقط لا يهلك به شي فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان **وقوله** في عنق
العبد يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس لكنا
استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في التزام ضمان المال كالحر فانه منفك عن الحجر عنه في اكتساب سبب
ذلك وكان الضمان على عاقلة المولى **وقوله** لان الاشهاد على المولى من وجه اما اذا لم يكن على العبد
دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى حقيقة وتصرفا والعبد خصم من جهته الا ترى انه لو ادعى انسان حقا
في دار بيده ما دون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه
دين فعندهما ظاهر وعند ابي حنيفة رحمه الله للمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما
الى المولى من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا ان فك الحجر بالاذن لم يتناوله ذلك
وفي ضمان الاموال مقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر **وقوله** ويصح التقدم الى احد الورثة
في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب
الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيا اما الذي تقدم
اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم

اليه منبدا او اما غيره من الورثة فلحد من النقد من اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب
ان الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في تضييعه ادى الى الضرر وهو مدفوع
وقوله فعطب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحايط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل الاول
يرفعه مفوض الى اوليائه لانهم الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا وقع الجناح
على الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم عثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب
الجناح واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه القاه بيده عليه
فكان حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن القى شيا في الطريق
كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسله الحايط فان نفس البنا ليس بجناية
وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا الا ترك التفريغ للنقض في الطريق مع القدرة على
التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعلنا علاجه في حق القتيل
الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا **وقوله**
فسقطت يعني الجرة بسقوط الحايط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان
عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سوا كان الحايط مايلا
او غير مايل كذا في المبسوط **وقوله** فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البير وباني الحايط **وقوله**
له اي لابي حنيفة ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحايط والعمق المقدر
يعني في البير لان اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى وعوان بين ذلك وهو القليل اي
ذلك الاصل يعني ان الجزء اليسير ليس بمهلك حتى تعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك
الى العلة الواحدة ثم ينقسم على اربابها بقدر الملك الا ترى انه لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان
كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد عليه
وعلى هذا يخرج مسله البير فيقال لما اجتمع معنيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في
ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر
جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه
ضمان الثلثين **وقوله** بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح
الرجل **وقوله** الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية بضاف اليه واذا اضيف
الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر به فجعل غير المعتبر شيا واحدا وان تعدد
فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما احدهما واهدر الاخر والله اعلم بالصواب

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة
مما لا يحتاج الى بيان **قوله** لما اوطات الدابة الصحيح لما اوطات الدابة وقيل يجوز ان يكون
معقولا لا ابطا محذ وفين ونقديره اوطات الدابة يدها او رجلها انسانا فيكون من باب
فلان يعطي **وقوله** ما اصابت بدل من قوله لما اوطات الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان
والخبط الضرب باليد والصدم هو ان تضرب الشي بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب
احدهما الاخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشي اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة
لا تخلو من وجوه ثلاثة لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا ومشتركا متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها

معها او لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سايرة وطيت برجلها او يدها
او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سايقا لها او قايدا واما ان يكون راكبا عليها
فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه
مسبب لا تصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان
متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة ولا تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهو ان يكون راكبا فان وطيت
بيدها او رجلها ضمن وان كدمت او نفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لانه في الوجه
الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانما وطياه جميعا
والمباشر ضامن متعديا كان او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غيره
جبها
فاما ان ادخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر
وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سوا كان معها سايقها او قايدها او راكبها او لا واقفة
او سايرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير
بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقفها صاحبها عليه ضمان ما اتلفت في الوجوه كلها
لانه بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سايرة
فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فان لم يكن بان سارت بارساله او انفلتت فان كان الاول ضمن ما
اتلفت ما لم يتحول عن جهة الارسال يمنة او يسرة لان ارسالها بلا حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد
وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان او سايقا
او قايدا الا ان النفحة بالرجل والذنب لانه مباشر او مسبب والغرض من هذا الاسهاب بيان قول
المصنف رحمه الله الراكب ضامن لما اوطات الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا لم
يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب لا استقام في قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله
او كدمت او خبطت او صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر انفا وذكر الاصل الذي بني عليه
هذه الفروع فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه
من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدة بشرط السلامة ليعتدل النظر
من وجه وفي حق غيره فانه غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر
الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه
واضح **وقوله** والمرتدف فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو المباشرة
والتصرف بالدابة بالتسيير على ما اراد لا يختلف لانها في ايديهم وتحت تصرفهم **وقوله** ثم هو يعني الا
بقاف
اكثر ضررا بالمارة جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة
فليلحق به ووجهه انه اضر منه لما انه اي الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به **وقوله** والسايق ضامن
لما اصابت... فرع من بيان احكام الراكب بين احكام السايق والقايد **وقوله** المراد النفحة اي من قوله
لما اصابت بيدها او رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطي فانه يوجب الضمان على السايق
خراز
والقايد بلا خلاف لاحد فيه **وقوله** واليه مال بعض المشايخ يعني العراقيين **وقوله** فيمكنه الا
عنه يعني بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاده عنها **وقوله** وقال اكثر المشايخ يريد به مشايخ ما وراء النهر
وقوله ما ذكرناه يعني قوله فلا يمكنه التحرز **وقوله** وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف
على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لا الوطي مضمون بالاجماع **وقوله**
وانتقال الفعل جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعني ذلك يكون بالقياس على
الاكراه ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وههنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قبل ومنه

ضعف لانه لم ينقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بنا على اصل اخر وهو ان سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحه ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوى ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار واتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لان التلف بثقله **وقوله** على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانهما لا يتصل منهما الى المحل شي **وقوله** لان كل ذلك سبب الضمان يعني ان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب وجب ضمان ما اتلفت بالوطي وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمتسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التسبب التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشر ويذكر تخصيص العلل وتخلصه فانه من مظانه **قال** رحمه الله واذا اصطدم فارسان فماتا اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما الاخر بنفسه وحكم الماشين حكم الفارسين لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرنا يعني لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الى اخره وفيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا مرجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكر قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة يصلح مرجحا والجواب ان ما ذكره منقوض في الواقع في البير بنفسه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة **وقوله** فيما ذكر جواب عن المسايل المذكورة في جهتها وذلك ان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه ولغير في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا وكان صاحبه قايلا له من غير معارضة احد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الاخر كمن مشى حتى سقط في البير ضمن الحافر وان كان للسقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر **وقوله** هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا اي وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا انه ذكر الخطا في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم **وقوله** فياخذها اي قيمة الخصم العبد ورثته المقتول الحر قيل ينبغي ان يسقط عن العاقلة لان الدية اولا تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون عنه هنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امراة قطعت يد رجل خطا فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان اليد تصير مهرا وتسقط عن العاقلة والجواب ان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى المستحق اولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى الراجع يحرم لا يسقط فلا يسقط الا بالشك والبلي واضح **وقوله** لانه قاصد لحفظ هذه الاشيا يعني السرج وهذه الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شي فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس لانه لا يقصد حفظه **وقوله** على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق **وقوله** ومن قاد قطارا القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح **قال** رحمه الله وان ربط رجل بعيرا الى القطار يعني ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القايد ولم يعلم فان كان الثاني وقد وطي المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القايد الدية لانه امكن تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار مسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطا ثم ترجع عاقلة القايد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة المبسوط ضمن القايد ثم يرجع على الذي ربط البعير

ووفق الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القايد والرابط الا ان العواقل يتحملون عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا الا اذا القايد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشي ولم يذكره لظهوره **وقوله** وانما لا يجب الضمان عليهما ابتدا ظاهر **وقوله** قالوا يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القايد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القايد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكره في الكتاب **وقوله** ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو ارسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا وساقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السابق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شي **وقوله** انقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة **وقوله** وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال **وقوله** وهذه اي وقفة الدابة ينافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف **وقوله** بخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين **وقوله** على فوره اي فور الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا **وقوله** لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال **وقوله** قال محمد رحمه الله هي المنفلتة اي العجما التي اهدر النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا انفا فكان تفسيره احترازا عن الاجرا على عمومه **وقوله** من الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها تناول الكلمة ان السوق والقود لما كان لا اختيار لها حال الارسال اختيارا ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل وليس بشي لانه ليس ههنا مونث معنوي خولف فيما تقتضيه حتى يبنا على ذلك **قال** رحمه الله شاة لقصاب فقيت عينها الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهي تونث وانما قال وجزوره ربع القيمة ولم يقل ولغيرهم ليتبين ان البقر والابل واعد اللحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سوا كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يوكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان واعتباره بالشاة عملا بالظاهر ولنا ما روي خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضا رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يوكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير الماكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ماكول اللحم فيلحق به **وقوله** ولان فيها مقاصد سوى اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقاصد منها اللحم وفقاء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية **وقوله** لانه انما يمكن اقامة العمل بها وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول لان ترك الاعتبار لا يضمان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحد فيقتصر عليه **وقوله** او نخسها يعني بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس يترك بالاثر وفيه اثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقد اشار المصنف رحمه الله ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان

بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت منها فكانت مضطرا فحركتها ون
وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل على ذلك ملجا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب
مجاعلي ما فعلت الدابة والمدفوع الى الشي وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه
جزا المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما الانفحة ن
اوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسايق ايضا عند اكثر المشايخ وهما مما لا يمكن التحرز عنهما ن
فالجواب انها لا توجه على السايق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس وهو ماذون كان
سايقا والتحرز وامكان التحرز انما يعتبر في غير حق غير المتعدي وغير الماذون وفي ذلك متعد فلا يعتبر
وقوله ولان الناخس متعد في تسبيبه دليل اخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو
مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بدلالة ذكر الدليل
الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلف بالوطي لانه يجعل التلف بالثقل كما تقدم
وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان مسببين ويرجح ن
الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا
حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه فاعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب لاعتبار فكان ذكر السبب
وارادة المسبب وقوله لما بيناه اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية
هو قوله لانه متعد تسبيبه وليس بشي فتامل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سوا يعني
يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد في ملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف
الضمان هناك على عاقلتهما وقوله والثاني اي الوطي مضاف الى الناخس لانه كالسايق لها والسايق مع الراكب
يضمنان ما وطيته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله وقوله مضاف اليهما
اي الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها اي الى النخسه وقوله ولا يتناوله من حيث انه اتلاف لوجود
انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله يقتصر عليه اي على الناخس لان
الراكب اذن له بالسوق لا بالايطا والاتلاف وقوله والركوب وان كان علة جواب سوال تقريره
الراكب صاحب علة للوطي على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعله برجله حقيقة
ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطي والاضافة الى العلة
اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة الوطي لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتاخره عن الركوب
بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطي فكان الوطي ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل
لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما اذا امر صبيا يستمسك انما قيد بذلك لانه اذا لم
يستمسك فلا ضمان على احدهما على الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما
على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى احد كانت منفلتة وفعله جبار وقوله والناخس
اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع او يفدى والباقي ظاهر الى اخره

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك
وهو العبد واخره لانحطاط رتبته عن رتبته لابقا العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر
باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب والسايق والقايد وهم ملاك
قال رحمه الله واذا جنى العبد جناية خطا اعلم ان التقييد بالخطا ههنا يفيد في الجناية في
النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطا العبد وعمده فيما

الحر

والعبيد

دون النفس سوا فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبيد والاحرار فيما دون النفس
وقوله قبل المولى اما بدفعه بها او بفداه يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضي على المولى بشي
في ذلك حتى يبرا المجني عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه سياتي في جناية الحر لان
موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقصاص قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله
وفايدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد
العتق وعندنا الوجوب على العبد المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا
للفدا وقوله والمسلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا
قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي
عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جراحاتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان
الثمن قيمة العبد وقوله فيجب في قيمته ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في
ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية لان ضمان
الجناية على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطا تجب ديته في ذمته لا على
عاقلته كما في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله
ولنا ان الاصل الى اخره ظاهر وفيه بحث وهو ان الحكم في المسلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب
على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على اصل وتخريج على اصل فرابين يقوم لاحدهما حجة
على الاخر ويمكن ان يقال الشافعي رحمه الله جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته
وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف ذلك
بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله
وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه
مستندا الى النص الذي لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على اصل يبطل بابدا الفارق على ان قوله
ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف يبطل ايضا بقولنا الاصل ذلك في موجب الجناية
العمد والخطا والاول مسلم ولا يفيد اذ الكلام في الخطا والثاني عين النزاع وقوله لانه
هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني ان يكون موجب جنايته على نفسه
لانه المتلف لانه مصادرة على المطلوب وقوله الا انه يخير استثنا من قوله والمولى عاقلته
جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في ساير العواقل لكثرة ظهر فيها بالتوزيع ن
والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله
غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى لو وجب
التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يبطل يسقط عن عاقلته
ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفدا كما في مال الزكاة فان الموجب
الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينتقل الى القيمة ولهذا اي ولكون الواجب الاصلي
هو الدفع سقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله في الصحيح احترازا عن رواية
اخرى ذكرها التمرتاشي ان الدية هو الاصل ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب الجاني
وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار ان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على
المولى وله التخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن
ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف الحر الجاني جواب عما يذكر ههنا مستشهدا به

كما ذكرناه آنفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر استيفا فصار كالعبد في صدقة الفطر في انها تجب
عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد **قال** رحمه الله فان دفعه ملكه ولي الجناية فان دفع
المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه بارش الجناية وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان
الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر والتاجيل في الاعيان باطل لان التاجيل شرع
للتحصيل ترفيها وتحصيل الحاصل باطل واما الفدا فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه
ولهذا سمي فدا فيا خذ حكمه فيكون الشي بدلا عن شي لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا ترى ان المال
قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا
يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضو والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب
بان الفدا لما وجب بمقابلة الجناية في النفس والعضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان حالا
موجلا وذلك يقتضي كون الفدا كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كساير الديون
وذلك يقتضي كونه كذلك اي كساير الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت
الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال
موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به ويجوز ان يقال
الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المخلصين عبارة عن حالة
مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسايل المذكورة تغيرت لذلك وهو ان القصاص غير صالح
لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون
مطهرا شرعا بخلاف الما وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون
ملحقا به لا يقال فيه تنصيص بوجوبه حالا فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الرفع فهو
ضرر مرضي **وقوله** على ما بيناه اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع الى اخره وان
مات اي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفدا قولا او فعلا لم يبرا عن الفدا وطولب بالفرق
بين هذا بموت العبد وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث مخير وان عجز عن احدهما قولا لم يتعين
وههنا قد تعين واجيب بان حقوق العباد اوجب رعايته لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا
وفعلا واما حقوق الله فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب به **وقوله** لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق
المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين
المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده لا يتعلق ساير الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول
برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن ايفا واستيفا حكما فكان المرتهن قد
استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية لذلك **وقوله** على قدر ارش جنايتهما لان المستحق
انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان يقسم على قدر المعوض **وقوله** لما ذكرنا يعني
قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني **وقوله** على هذا حكم الشجاج يعني لو شج رجلا
موضحة واخر هاشمة واخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب العبد لان له خمسمائة
والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة نصفا لان له الفا وخمسمائة
فيقتسمون الرقبة هكذا **وقوله** وهي الجنايات المختلفة يعني فجاز ان يختار في احدهم
خلاف ما اختاره في حق الاخر كما لو انفرد كل واحد منهم **وقوله** والحق يجب للمقتول
جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين

فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسلة مثل الاولى ووجهه لا نسلم ان المستحق متعدد
بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الى اخره لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما
وللميت حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك
الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى **قال** رحمه الله فان
اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية
وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفدا والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن
مختارا للفدا لكن يضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا يخرج الفروع المذكورة
في الكتاب **وقوله** على هذين الوجهين يعني قبل العلم وبعده **وقوله** بخلاف الاقرار على رواية
الاصل يعني اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان
الغايب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفدا لما ذكر في الكتاب
ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها اخر الامر الى قدوم الغايب
وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفدا ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع **وقوله** والحقه
الكرخي بالبيع واخواته في صورته مختارا لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة
عن الاصول **وقوله** واطلاق الجواب يريد به قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى اخره وقيل يريد
به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطا فانه يتنظم النفس وما دونها **وقوله** وكذا
المعنى لا يختلف لان كل واحد مال **وقوله** لانه يزيل الملك لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول
في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا **وقوله** بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه
بخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارا بهما لان الملك ما زال فان المشتري بشرط الخيار اذا باع
بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبايع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع
فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفدا واجيب
بان ثمه ضرورة لم تتحقق ههنا وهي انه لو لم يجعل مجيزا او فاسخا هناك لكان تصرفه واقعا
في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية واما ههنا فلم يجعل
مختارا للفدا بهذا التصرف لم يتنبس بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا **وقوله** بخلاف الكتابة
الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفدا لان موجبه
تثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالادا فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض **وقوله**
فيما ذكرناه يعني في اختيار الفدا او قبل في العلم بالجناية **وقوله** ولو ضربه فنقصه يعني بان
اثر فيه حتى صار مهزولا او قلت قيمته ببقا اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه
حبس جزءا منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى
ولي الدم ان ياخذه ناقصا لان النقصان حصل بافة سماوية **وقوله** وكذا اذا كانت
بكرا فوطئها يعني يصير مختارا للفدا وان لم يعلق لو وطئ معلقا لما قلنا انه حبس جزءا منه **وقوله**
بخلاف التزويج يعني لا يصير به مختارا للفدا لانه لا يصير بعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل
المصنف رحمه الله بقوله لانه عيب من الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفدا كما لو اقر عليها ان
بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت به اختيار
الفدا وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعييب وبالتعييب يثبت اختيار
الفدا كما لو ضرب على يدها وعيبها وذلك لان التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفدا لان فيه

بة

جيشم

جنس جزء منها اما الحكمي فليس كذلك **وقوله** بخلاف وطي الثيب فانه لا يصير المولي مختارا للفدا
ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من عينها علاق **وقوله** في ظاهر الرواية احتراز
عما روي عن ابي يوسف رحمه الله ان مطلق الوطي يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان
الوطي دليلا علي امساكها للعين فان قيل ما الفرق بين هذا علي ظاهر الرواية وبين البيع بشرط
الخيار فان الوطي هناك فسخ البيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا
اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطي حراما لانه اذا انقضى العقد بعد ذلك ملكها
المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوايدها فيتبين ان الوطي حصل في غير ملكه فللتحرز
عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له
شي من زوايدها فلا يتبين ان الوطي كان في غير ملكه **وقوله** وبخلاف الاستخدام يعني لو استخدم
العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفدا حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان
لا يختص بالملك فلم يدل علي الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض
بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضا الدين واسترداد
الرهن متي شا فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفدا **وقوله** في الاظهر
احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار
كالبيع **وقوله** وكذا بالاذن في التجارة يعني يكون به مختارا لانه لا يعجز عن الدفع ولا ينقص الرقبة
الا ان لولي الجناية ان يمتنع عن قبوله لان الدين لحقه من جهة المولي ووجوب الدين في ذمة العبد
نقصان له لان الغرما يستحقون ولي الجناية اذا دفع اليه فله ان يمتنع عن قبوله **قال** رحمه الله
ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او من علق عتق عبده بجنايته توجب الدية مثلا ان يقول ان قتلت فلانا
او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفدا ان فعل ذلك خلافا لزفر رحمه الله لان اختيار الفدا
انما يكون بعد الجناية والعلم وعند التكلم ليس شي منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل
يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة في الكتاب **قوله** ولنا ظاهر **وقوله** ولانه
حرضه دليل اخر ومعناه ان المولي حرض العبد علي مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشجة
بتعليق اقوي الدواعي اليه اي الي الشرط وهو الحرية والظاهر انه يفعله رغبة منه في الحرية
وهذا لاله الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت
الدار فانت حر ثم جني ثم دخل الدار فان المولي لا يصير مختارا للفدا بالاتفاق لعدم العلم بالجناية
عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها اقوي الدواعي اليه والظاهر وجودها
فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن علي
المولي شي وانما هو علي العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولي علي ولي
الجناية بتعليقه شيا **وقوله** ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم
يعتق انه اذا لم يعتقه وسري تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء علي ما اختاره
بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفدا فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب
الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار
والعبيد واذا سري تبين ان المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا
بغير بدل لان المصالح عنه لان الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد
من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امراته ثلاثا ثم

وطيها

في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرا الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه
لان اقدامه علي الاعتاق يدل علي قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم علي تصرفه
يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك
مقتضي الاقدام علي الاعتاق ويجعل المولي ايضا كذلك دلالة لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل
كان بكونه عوضا عن الكثير ارضي وشرط صحة الاقتضا هو امكان المقتضي موجود ولهذا لو نص علي ذلك
ورضي به المولي صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتدا
والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الي المولي والاوليا علي حيرتهم في العفو والقتل **وقوله** وذكر في
بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير
هذه المسئلة علي خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن
النسخة الاولي بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة **وقوله** الي اخر ما ذكرنا يعني وان لم
يعتقه رد الي مولاه وجعل الاوليا علي خيرتهم بين القتل والعفو **وقوله** وهذا الوضع يرد اشكالا
قيل اي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان
دفع العبد بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبي عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا
كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمه ليس بطريق الصلح لم يكن فيه حط شي فلا يرد اشكالا علي ان
مسئلة العفو وقيل هذا الوضع اي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا
فيما اذا عفي عن اليد وسري الي النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب
واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس
فيكون الوضعان جميعا علي القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة علي النسختين
جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي
القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك علي القياس والاستحسان فاندفع
التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق له كان
في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا او تبطل الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها فبعد
ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما بقي موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع القصاص اما ههنا
فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها علي مال فاذا لم يمنع الجناية لم يمنع العقوبة هذا
اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج علي ما ذكرناه من قبل وهو قوله لان اقدامه علي الاعتاق
يدل علي قصده الي اخره **وقوله** فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني اذا
كانت القيمة اقل من الارش **وقوله** اتلف حقين واضح **وقوله** ويمكن الجمع بين الحقين
جواب عما يقال لا يلزم من كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة علي الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع
لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما
ممكن ايفا من الرقبة الواحدة بان يدفع الي ولي الجناية ثم يباع للغرما فيكون الاتلاف واردا
عليهما فيضمنهما به والاصل ان العبد اذا جني وعليه دين يخير المولي بين الدفع والفدا فان
دفع بيع في دين الغرما فان فضل شي كان لاصحاب الجناية وانما بدانا بالدفع لان به توفير
الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفي بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومتي بدانا
ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية
فان قيل ما فايدة الدفع اذا كان البيع بعده واجبا **اجيب** بانها اثبات حق الاستخلاص

لولي الجناية بالعبد او بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها يصير رقبته جزاء اذا كان مشغولا يجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى ولي الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تاخر الى ما بعد الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبني عليه **وقوله** فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الدية الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر **وقوله** بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح **وقوله** فلا يظهر في مقابلته الحق يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا **قال** رحمه الله واذا استدانت الامة المأذونة لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها في ان الولد يباع معها في الاولى دون الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او غيرهما كما مر من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة واستخدام وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار يحصل عند الدفع **وقوله** والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول بتحوله واعترض بوجهين احدهما لا نسلم ان الدين للامة في ذمتها فان المولى اذا اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون انسانا فانه لا يضمن ديته والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى اثر الدفع الى الارش اذا استحقه بجناية جنى عليها جان ودفعها بطريق الاولى لما ان ولدها جزؤها وارشها ليس كذلك فلما لم يسر الى جزئها لكونه اثر فعل حقيقي كان اولى ان لا يسري الى ما ليس بجزء منها واجيب عن الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى والا لوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا لاعتبار وجوب الدين على المولى والا لوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهو مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر الا بالاتلاف هناك الا في محل لا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قلت اذا تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني بان الارش بدل عن جزء منفصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه كما لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدل عن جزء **وقوله** واذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك **وقوله** وابرء العبد يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وابرأ المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة الا بحجة **وقوله** واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد فقال له لا بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان

لانه

لانه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب لجناية العبد على المولى دفعا او فداء واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر في ذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق **وقوله** كان القول قوله يعني مع يمينه **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان **قال** رحمه الله ومن اعتق جارية ثم قال لها هذه المسئلة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي او اخذت منك غلة عملك وانت امتي وقالت بل كان بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقر باخذ شيء منها بعينه والماخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد يجب عليه بناها محمد على الاصل المذكور واجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه انه اقر بيده اي بيد الماخود منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فتحصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما فانه بمنزلة اذا قال لغيره فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك بل انه عن ضمان العين قصاصا وارشا وقال المقر له بل فقاتها وعينك مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية وهذا بناء على ان جنس العضو المتلف اذا كان صحيحا حالة الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا ان موجب العمد القود على سبيل التعيين في العمد ولا الى المال فقيل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتقوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد فقء اذهب به نورها ولم ينخسف والقصاص فيه جار **وقوله** وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يسمع لا بحجة والله اعلم والحاصل ان هذه المسئلة على ثلثة اوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا اخذ الغلة او وطئها وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والاخر ان من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول يخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني يخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد على الاول وهما على الثاني **وقوله** واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكر ظاهر وقوله على ما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين **وقوله** لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطا

فيه

الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطا الاقل من قيمة الفدا وقيمة العبد لانه انما اتلف بامره ماهو الاقل منهما **قال** رحمه الله العبد بين رجلين عمدا كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفه رحمه الله واصل هذا انما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه واما اذا وجبت قسمة العين ابتدا لا بسبب دين في الذمة كمسلة بيع الفضولي وهو ان فضوليا لو باع عبدا انسان كله وفضوليا اخر باع نصفه واجاز المالك كان العبد بين المشترين ارباعا كانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتدا لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحد تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسلة ثلاثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت لان ولي العمد كان حقه في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ المصنف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الاخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسلة الفضوليين ولابي حنيفة ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا في عشرة الاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة الاف درهم الفان لرجل والف لاخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتدا **وقوله** واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اقرب المصنف بقوله اي قريبا لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من وراي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبدا لهما اعتاقاه فعفا احدهما بطل حق الاخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى شريكك وافده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفه والاشهر انه مع ابي يوسف قال ابو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شايعا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقي على اصل الحرية والمولى منه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فان اعفى احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلافا كثيرا والتعويل على المسموع **فصل** لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعل عليه ومن قتل عبدا خطا فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له بعشرة الاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي لها بخمسة الاف درهم الا عشرة عند ابي حنيفه ومحمد رحمه الله وهو قول ابي

يوسف

يوسف اولا وقال ابو يوسف اخرا وهو قول الشافعي رحمه الله يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية فانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ويبقاه ببقا المالية اصلا ان تلف العين وبدلا لانه هالك وصار كقليل القيمة وكالغصب وانما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الادمية لان المماثلة واجب الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس ويماثل المال ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطا حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا بالاخلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بالاخلاف والادمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارهما باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الادمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع **وقوله** وضمان الغصب جواب عن قولهما وكالغصب **وقوله** وبقا العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع **وقوله** وفي قليل القيمة جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة **وقوله** باثر عبد الله بن مسعود وقع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي ان عمر وعليا وابن عمر رضي الله عنهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ارجح لان فيه ذكرا لمقدار وهو مما لا يهتدى اليه العقل وليس فيما روي عن غيرهم ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على انهم قالوا بالراي ومثله لا يعارض بمنزلة ما هو المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم **وقوله** لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط في اطراف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المعتبر لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رحمه الله قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الا ان قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسة **وقوله** لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو اي القيمة بدل الدم على ما قررنا اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله **وقوله** وان غصب امة ظاهر **قال** رحمه الله ومن قطع يد عبده ظاهر فاعتقه المولى وصورة المسلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب **وقوله** في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى **وقوله** لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته يمنع القصاص **وقوله** وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وفيه اي في وجوبه على وجه يستوفى لا على اصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفا فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل اي في تعذر الاستيفا وقيل اي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفا القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفا وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفا **وقوله**

ولجماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه
ان اجتماعهما لا يزيله لان المكتين في الحالين مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة
بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا
بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لاخر فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة
لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت
لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة لان الرقبة بفوات
حقه فيستوفيه الاخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة
الاخرى هي حالة الموت بعد العتق **وقوله** فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه محترز بهذا
عن قاله لاخر لك علي الف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن بيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك
من الاموال والاموال مما يقبل البدل والاباحة فيها فلا نبالي باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر فان
الاحتراز الذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان يفسر ما
يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه احتراز به عن محل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري
فيه البدل وهو راجع الى الاول **قوله** ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل اخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية
مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا ترى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة
لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يحمل النقصان فانه كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد لان الدليل
وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما بقي الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
كانه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا
الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين انه قتل لا قطع ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للاستيفاء في العمد
للمولى فيستوفيه لان المقضي له وهو المولى معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت
الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق لان المقضي له مجهول
لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف السبب
ههنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف
وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية
الى اخره فان الحكم فيها مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا
وملك اليمين قد لا يثبته ولو اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب **وقوله** والاعتاق
لا يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع في صورة الخطأ دون
العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون
الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه دينه
وينفذ منه وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق
للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الفرض انه لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل
من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا يزيد على اربع لانه اما ان قطع عمدا او خطأ فان
كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان لا يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق
فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني ان
فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن فلا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة
بالقطع والباقي ظاهر **قال** رحمه الله ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا اذا قال لعبديه احدكما

حر

حر ثم شجا او وقع العتق على احدهما اي ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ او وقع ايذانا به على ان العتق
لم يتنزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهور وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه
اذا قال احدكما حر فمات احدهما او قتل يتعين العتق في الاخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف
المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين
ولا دية حرين والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف في
اصول الفقه لان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء ولو مات احدهما فبين العتق فيه لا يصح ولهذا
من وجد حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة
محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب
قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين
فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى
والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال
وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفا فعليه نصف
قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس لاحدهما اولى
من الاخر فيلزمه قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت
الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل
اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد
من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين كانه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا يتيقن
الكل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل
هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق المولى ثابت في احد
فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني
فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك
من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين **وقوله**
ولان القياس معطوف على ان في قوله والفرق ان البيان انشاء ووجه ان القياس ينافي ثبوت العتق
في المجهول لانه لا يفيد فائدة العتق من اهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به
في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق
البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس لانها محل العتق دون
الاطراف لانه حل ما طريقها فيبقى العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس **قال** رحمه الله
ومن فقأ عيني مملوك هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي
رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى
عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات
اي جميع البدن وحق مفتقر اليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس
المنفعة بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسلك الاموال واذا
كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها بقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات
فكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس
من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تملك

تل

مما

الجثة دفعا للضرر ورعاية للجانبين بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال ولهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد الى اخره وبين الملازمة بقوله كما في ساير الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدورة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى عبدا الى اخره وهو واضح **وقوله** ثم من احكام الاولى اي الادمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كما لا يتوزع بدل النفس على النفس والفايت من الطرف بل يكون بازاء الفايت لا غير كما في فقأ عيني الحر ولا يتملك الجثة **وقوله** ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة ويملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الادمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفايت لا غير وبالنظر الى المالية ليس له ان ياخذ كل بدل العينين مع امساكه الجثة كما انه ليس له ذلك في المال وفيما قال الشافعي الغاء جانب الادمية حيث جعله كالثوب المخروق وفيما قاله الشافعي الغاء جانب المالية اصلا حيث جعله كحر فقأ عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له نظرا الى الادمية والله اعلم بالصواب

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة في اسم المملوكية ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط في اسم المملوكية اوجبا تاخير ذكرها عن ذكر المدبر **قال** رحمه الله واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لان جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة **وقوله** ولا يخير بين الاكثر والاقل واضح **وقوله** ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكر في المبسوط وقال واذا قتل المدبر رجلا خطا وقيمته الف درهم ثم ازدادت قيمته الى الفين ثم قتل اخر خطا ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسماية ثم قتل اخر خطا فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الغرم هذا لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم فلا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك الى القتيل الاوسط وخمسماية من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسماية بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسماية الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة الاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة الاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار الماخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسماية بينهم على **وقوله** فلا شيء عليه اي على المولى لانه كما لزمه اكثر من قيمة واحدة لجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه

شي

شي **وقوله** وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار اي ولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه ليس بجان في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يفعله القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء وعدم القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما القابض وهو ولي الجناية الاولى فيقبض حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فيتخير في الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى احدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للاخر الخيار فكذلك ههنا **وقوله** عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبه التاخير في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر **وقوله** واذا اعتق المولى المدبر الى اخره واضح والله اعلم بالصواب

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به **قال** رحمه الله ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل **ذكر** في هذه المسئلة غصب العبد بعد ان قطع المولى يده فمات من السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بافة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان واعترض الامام قاضي خان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب نقضا او رضي لان السراية انما ينقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا فان نص عليه في اخر رهن الجامع والباب الثاني من جنايات الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم ينقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكمان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا يصلح معارضا لاحد منها واذا غصب العبد المحجور عليه واضح **وقوله** مؤاخذ بافعاله يعني في حال رقه واما في اقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك فان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية **وقوله** ومن غصب مدبرا واضح **وقوله** من غير ان يصير مختارا للفداء لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير

علم بجنايته فان فيه الاقل من جنايته قيمته ومن الارش وكذا هذا **وقوله** فيصير ظاهرا وقوله فصار كانه اذا
استحق نصف العبد بهذا السبب اي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المولى
فجنى جناية فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى ان ياخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله ويدفعه
اي النصف الماخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية
على الغاصب وهذا اي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به
المولى على الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يودي الى اجتماع
البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه
فيه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه اتماما لحقه
واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذ على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب ولو اعترض
بان الثانيه مقارنة للاولى فكيف يكون في حق الاول في جميع القيمه **والجواب** ان المقارنه
جعلت حكما في حق التقسيم لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمه من غير
مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع **قال** رحمه الله وان كان جنى عند المولى فغصبه
رجل **هذه** المسلة عكس المسلة المتقدمه من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق
لمحمد بينها وبين المسلة المتقدمة انه منع دفع النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجنايه الاولى لئلا يودي
الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب
بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا
عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل **وقوله** ثم وضع يعني ان محمدا رحمه الله وضع في
الجامع الصغير هذه المسلة في العبد بعد ما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح **وقوله** ومن غصب
مدبرا فجنى عنده جناية كذلك **وقوله** ثم قيل هذه المسلة على الاختلاف يعني قال بعض المشايخ في هذه
المسلة خلاف محمد ايضا كما في مسلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا ياخذ ولي الجناية
الاولى ما بقي من حقه وقيل على الاتفاق وياخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمه من
المولى اذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح لان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسلة في الجامع الصغير
بلا خلاف وكذا قرره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا احتاج محمد الى الفرق بين المسلتين
وقد ذكره في الكتاب لكن قوله اما في هذه المسلة فيمكن الى اخره فيه نظر فان الجناية الثانيه وان حصلت
في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اولى مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب
ثانيا في مقابلة ما اخذه **وقوله** ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب
في هذا الموضع بطريق المشاكله وهو ان يذكر الشي بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه ظاهر خلا انه يرد
على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب فيه
موجود **واجيب** بان المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه
الاماكن تعديا فاصابه شي من ذلك **اجيب** بان حكمه ان ينظر الى الناقل فان قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن
لان المقيد عاجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن
لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن
فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه **قال** رحمه الله واذا
اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده

لا ضمان

لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان
محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف رحمه الله يضمن في الحال
واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقسيم حسن
وقوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق وساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع
الصغير هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على
خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم
جميعا **وقوله** وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط
على الاستهلاك في حق الصبي المودع ليثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال
المباح فكل من اتلفه لا يجب الضمان ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه **وقوله** في يد مانعة اي من الايداع
والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعة عن الايداع ومن فعل ذلك لا يستحق النظر لانه اوقع
ماله في يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ فلم توجد
الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على
الصبي نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه ولهذا اسند
باب الوديعة ويمكن ان يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف
لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير
والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال الاقامة غيره مقام نفسه يستلزم اما ولاية
المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في ساير صور الودايع ولم
يوجد شي من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي **وقوله** لان عصمته لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار
ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك
بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد
التسليط منه يضمن المستهلك سوا كان صغيرا او كبيرا بخلاف ساير الاموال فان للمالك ان يستهلكها
فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اذا اودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن ورب الشاه
ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط **والجواب** ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من
حيث كونه اجنبيا والشاه ليست كذلك وانما لا يملك خنقها من حيث انه تضييع فكان كالتسبيب
وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره يعني ان المالك
بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره اذا كان

باب القسامه

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يوول الى القسامة ذكرها في اخر الديات في باب على حده
وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها على اهل محلة او دار وجد فيها
قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها اجرا
اليمين المذكوره على لسانها وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل
اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا او الحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي
العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطا ومحاسنها تعظيم خطر الدما وصيانتها عن الاهدار وخلاص
المتهم بالقتل عن القصاص ودليلها ما نبينها الاحاديث المذكوره على ما سياتي **قوله** يتخيرهم

الولي اي يختار من القوم من يحلفهم **وقوله** بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف
فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلناه لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجترئ على
اليمين بما قتلنا **وقوله** وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبنا اي مذهب الشافعي كمذهبنا غير
انه لا يكرر اليمين **وقوله** ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر كما في ساير الدعاوي فان
الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام
اللوث فيكون اليمين له حجة وبقية كلامه واضح **وقوله** لانه يمين وليس بشهادة مختزر به عن
اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لان اللعان شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل
ادائها **وقوله** واذا حلفوا قضي على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلاث سنين
قوله تبريكم اليهود بايمانها قصته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة
خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في دمه
فجاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال صلى الله
عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك فقال ومن
قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال عليه السلام تبريكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان
قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه قال عليه السلام اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف
على امر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة
واستدل الشافعي رحمه الله بقوله تبريكم اليهود بايمانها على انه لا دية بعد الحلف والا لما كان ثمة براءة
ووداه قبيلة من همدان **وقوله** يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي في كتاب الفقه وركب اشار به
الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الى اخره وهكذا
الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه **وقوله** على
الخلاف معنى في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف
بالاجماع الى اخره **قال** وان لم يكمل اهل المحلة خمسين واتى اليه اي اتى اليه واهل اللغة يقولون من
وافاه ولم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكر الفم مطلقا وقد قيل الى صعد من جوفه الى فيه
فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر **وقوله** ولانا لو اعتبرناه
يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر وذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد
وكذلك لو وجب بالنصف الاخر فتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل
ينبغي ان تجب القسامة اذا وجد الراس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز
والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فلزم التكرار وقيل كان ينبغي
ان يقول بتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت
الدية مكررا وبارة التثنية يستلزم ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مراده القسامتان
والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا **وقوله** والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور
وعدمه **وقوله** لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون
الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر
سلامتها واجيب عنه بانه انما تجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص و
دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه

القسامة

القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال
تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لانه لا يفوق حال الكبير فاذا
وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان
الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا
اولى والصواب ان يقال الظاهر ههنا ايضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حياته واما دليل
الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه **قال**
واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل اذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته
دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن وكذا اذا كان قايدها او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في
داره فان اجتمع الراكب والسائق والقايد فالدية عليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم
وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل في الدار فان الدية ههنا على عاقلتهم والقسامة
عليهم سواء كانوا ملاكا او لم يكونوا وهناك على المالك لا على السكان واجيب اولا بانا لا نسلم ان الدية
لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك
بقول القايد والسائق والراكب واما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو المفهوم
من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة
مالك معروف او لم يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للراي والتصرف والتدبير وذلك في الدار لما لك
ان يده لا ينقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والراي والتدبير لمن بيده الدابة
لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة **وقوله**
وادعوا واوجب قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر **وقوله** ولا يدخل السكان في القسامة مع
الملاك يشير الى اختلاط السكان بالملاك **وقوله** وهو قول محمد يشير الى ان محمدا ليس في هذا القول
باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف هذا الاختلاف
فقال وقول محمد مضطرب وقال ابو يوسف يعني اخرا وكان قوله اولا كقولهما وما بعده
ظاهر **وقوله** وهو على اهل الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط لمكان دار وغيرها
من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة
وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطة لتتميز انصباؤهم والضمير راجع الى المذكور اي المذكور هو
وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم **وقوله** وقيل
ان ابا حنيفة رحمه الله بنى على ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني من اصحاب الخطة في كل محلة هم
الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويجوز فيه تلويح الى الجواب
عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان
في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فاوجبا القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع ان
كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في العرف ان المشترين
قلما يزاحمون لاصحاب الخطة في التدبير والقيام لحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما اشتريا
من الدار واجارتها واعارتها هما متساويان فكذا في القيام بحفظ الدار **وقوله** لما بينا اشارة الى
قوله ان صاحب الخطة هو المختص **وقوله** ولانه اصيل والمشتري دخيل **وقوله** لان الولاية
انتقلت اليهم يعني على قول ابي حنيفة ومحمد وخلصت لهم على قول ابي يوسف **وقوله** لزوال من
يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم **وقوله** او بمزاحمهم يرجع الى قوله او خلصت لهم **وقوله**

وإذا وجد القتيل في دار يعني إذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في إحداهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا لو أن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قوله يحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى وحكي عن الكرخي أنه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمول على ما إذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر **قال** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل **له** أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجوب القتيل يتعلق بولاية الحفظ لأنه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا ولاية الحفظ يستفاد بالملك فإذا وجدا في واحد ارتفع الخلاف وإن كان لأحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده أولى لأن القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا إذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فإما أن يكون البيع تاما أو فيه الخيار فإن كان الأول فهو أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة وعندهما إن كان الأول فعلى عاقلة المشتري وإن كان الثاني فعلى الذي يصير له ودليلهما أوضح **وقوله** ولهذا أي ولكون ولاية الحفظ يستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وإن كان له يد وكذا دليل أبي حنيفة رحمه الله واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لأنه قد اندرج في دليله وذلك لأنه قال لأن القدرة على الحفظ باليد لا باليد والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل في اليد ما كان أصالة ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قبل ما الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين الجناية وصدقة الفطر فإنه يعتبر البيت الملك في الثانية دون الأولى والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ إنما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل **وقوله** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقله العاقلة يعني إذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا إنها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة حتى يشهد الشهود أنها للذي في يده ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة رحمه الله لليد لأن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة على ما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح **وقوله** والنفط أي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها أي ملاكها وغير ملاكها **وقوله** وهذا أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن أبي يوسف أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك ظاهر وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر **قال** وإن وجد في مسجد محلة كلامه سواء ألفاظ تذكرها **قوله** فعند أبي يوسف يجب على السكان أي سواء كان السكان ملاكا أو غير ملاك **وقوله** كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال قال في النهاية وإنما أراد به أن يكون نائيا عن المحال أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق الثاني إذا كان من يسكنها في الليالي أو كان لأحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه لا يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير **وقوله** وقد بيناه يعني في مسألة وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل **وقوله** وإن وجد في وسط الفرات يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك

ذكر الوسط للتخصيص بل الماء ما دام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام فتجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين وسواء كان القتيل مكانا لا ينبعث أو مكان الخرد ولذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال **وقوله** على التفسير الذي تقدم أراد به قوله قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت **وقوله** لم تسقط القسامة عنهم يعني والدية عن عواقلهم **وقوله** وقد ذكرناه يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الى آخره **وقوله** قد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة **وقوله** فأجلوا عن قتيل أي انكشفوا عنه وانفرجوا **وقوله** لأن القتيل بين أظهرهم أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والألف لظهر والأظهر يجيئان مقحمين كما قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة إلا عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فإن قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجود قتيل في محلتهم **قوله** لأن مجرد الدعوى لا يثبت الحق أي الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه أي في أوائل باب القسامة وأوله قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر لأنا نقول الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق **وقوله** وإن وجد في خباء أو فسطاط الخيمة العظيمة فكأنه أعظم من الخباء **وقوله** فعلى أقرب الأخبية قيل هذا إذا أنزلوا قبائل متفرقين أما إذا أنزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم **وقوله** وإن كان القوم لقوا قتالا لا يجوز أن يكون حالا أي متقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لأن القتال في معنى المقاتلة وأن يكون مفعولا له أي للقتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في دار الإسلام ولا بد من كل القتال من بينهما ترجح احتمال قتل المشركين حملا لأمر المسلمين على الصلاح فإنهم لا يتركون الكافرين في ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فجعل حال القتيل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك **وقوله** وإن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه إشارة إلى قوله ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا الى آخره **وقوله** وقد ذكرناه إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا **وقوله** وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غايته ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال فإن قتله فلان وهذا لا ينبغي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكا معه فإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان **قال** رحمه الله وإذا شهد اثنان من أهل المحلة إذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ولأبي حنيفة رحمه الله أنه جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وإن خرج من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها إما ببلوغ الغلام أو بعزل القاضي **وقوله** وعلى الأصلين هذين يعني الأصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع كالوكيل إذا خاصم ثم عزل والثاني إذا

اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وابو حنيفة
رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم خصما في هذه الحادثة بوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب
الموجب للقسامة والدية قال عمر رضي الله عنه وانا اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم وبدعوى الولي
القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصما وهما جعلاه من
الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل
شهادتهم **وقوله** يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في
مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم كما مر واما على الاصل فمسئلة الشفيعين
اذا شهدا على المشتري بالشرا وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين
بطلت الشفعة وقد بطلت بتركهما **وقوله** ولو ادعى ظاهر وقوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في
مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة في باب الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان
القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتدا الامر **وقوله** ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه
لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا خطا فاذا لم يعلم
الجارح فاما ان يصير صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا حينئذ بحيث يجي ويذهب فان كان الثاني
فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند
ابي يوسف رحمه الله لا شي عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه قول ابي يوسف ظاهر ووجه قول ابي
حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك
لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش ثم سري فمات وجب القصاص واجيب بان القسامة
والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والجروح
في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت
في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب ويجي فهو في حكم
التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة **وقوله** ولو ان انسانا معه جريح
الى اخره حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى اهله ولهذا قال في اخره وقد ذكرنا وجه
القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة **وقوله** ولو وجد رجلا قتيلا في دار نفسه اعلم ان المصنف رحمه الله
قال فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة
فيجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهرا ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة
الميت اما ان تكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة
فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهم ممكنا اشار الى الاول في
حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله الدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة
ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه ابي حنيفة رحمه الله بان
الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم ولجيب
بانها تجب للمقتول حتى تقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه
اذا قتلا اباهما تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له ثم اعلم بانه رحمه الله صنع مثل ذلك في ذكره الدية
في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة رحمه الله اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم وجوب الدية
وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول
ابي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلمهم فلا تلزمهم القسامة

ومنهم

ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون لجماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره
المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وبالطافه مخبرا
بالله تراه ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكر اشار الى
الجواب بقوله لان حال ظهور القتل الى اخره يعني انما صار دم المكاتب هدرا لان حال ظهور قتله
بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفا بل يقضي به ما عليه واذا كان الدار على حكم
ملكه جعل قتيل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم
قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فيجب فيه
القسامة والدية **وقوله** ولو ان رجلين كانا في بيت ظاهر **وقوله** كما اذا وجد قتيل في محلة يعني
ان يوهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقال المتاخرون الخ من مشايخنا ان المراة تدخل
مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير الى انها لا تدخل في هذه الصورة على ما يجي في المعاقل وانما دخلت
في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة كما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا
بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا يدخل في العقل ايضا **وقوله**
لانه اخص بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية ۞

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها ولحقها
في هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها **وقوله** وكل دية مبتدا
وقوله على العاقلة خبره وقوله وجبت بنفس القتل يعني ابتدا فان ما يجب منها بسبب الصلح
او الابوة فهو في مال القاتل لا على العاقلة **وقوله** وقد ذكرناه يعني الدية تتناول العقل **وقوله**
وكذا الذي تولى شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله **وقوله** وفي ايجاب مال
عظيم اجحافه فسر الاجحاف بقوله واستيصاله **وقوله** انما قصر يعني ان القاتل انما قصر حاله الركي
في التثبت والتوقف **وقوله** وتلك اي القوة **وقوله** كتبت اساميهم في الديوان الديوان الجر
مرح ودن الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر رضي الله اول من دون الدواوين
اي دون الجرايد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة **وقوله**
من عطاياهم العطايا اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطا **وقوله** وذلك
ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي ولا نسخ بعده **وقوله** بالحلف بكسر الحا العهد بين
القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولا الموالاة **وقوله** والولا اي ولا العتاقة
وقوله والعد هو من العدد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان اذا عد فيهم **وقوله**
فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاثة اي ثلث سنين واقل مثال ان يخرج عطاياهم الثلث ست سنين
يوخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة اخذ منهم الدية
فيها **وقوله** لحصول المقصود يعني ان المقصود ان يكون الماخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل
بالاخذ من عطاياهم سوا كانت في اكثر من ثلث سنين او في اقل منها **وقوله** وتاويله اي تاويل كلام
القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما يوخذ منهم في ثلث سنين بعد القضا فيكون المراد ثلث
سنين في المستقبل فلا يعم التاويل **وقوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضا **وقوله**
واذا كان جميع الدية واضح **وقوله** ولنا ان القياس رباه اي القياس ربا في ايجاب المال بمقابلة ۞
النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهو لا يناقض الشرع ورد به اي بايجاب المال

موجلا في الخطا فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب
بالقتل ابتدا والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمه وكون التاجيل للتخفيف حكمه لا يترتب الحكم عليها
وقوله لان الواجب لاصل المتلف لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه
اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفا النفس لما فيه من معنى العقوبه تحول الحق الى القيمة بالقضا
فيعتبر ابتداها من وقته اي من وقت القضا كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضا القاضي
وان كان عينه قبل القضا متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمه بالقضا لما
تحقق العجز عن رد العين ولهذا الوجه كان الولد قبل القضا لم يضمن المغرور شيا وهذا هو الموعود
من قبل بقوله لان الوجوب بالقضا على ما نبين وقوله وهذا اي قول القدوري لا يزاد
الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع
الدية نسخة او اثني عشر وليس كذلك فان محمدا رحمه الله نص على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية
في ثلاث سنين على ثلاثه او اربعة فلا يوخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث
درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا مما فهم من اشارة كلام القدوري
ذلك في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله ضم اليهم اقرب القبايل معناه نسبا قالوا هذا
الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت انسابهم فامكننا ايجاب العقل على اقرب القبايل
من القاتل نسبا وبعد ذلك اختلف المشايخ فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب
وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله فيستوي بين الكل يعني الابا والابنا وغيرهم
لانه صلة لانه يجب على سبيل المواساه وقوله ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق
بين العطيه والرزق ان العطيه ما يفرض للمقاتله والرزق ما يجعل لفقرا المسلمين اذا لم يكونوا
مقاتلين قوله ابا في ظاهر وقوله وادخل القاتل مع العاقله يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان
اما اذا لم يكن فلا شي عليه من الديه عندنا ايضا كما لا يجب عند الشافعي قال رحمه الله وليس
على النسا والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل قوله كلامه واضح وقوله وعلى هذا لو كان
القاتل صبيا او امراه لا شي عليهما من الديه قيل انه تناقض قوله في المسله التي ذكرها
قبل العاقل كما اذا وجد القتيل في دار امراه حيث ادخلها المتاخرون هناك في تحمل الديه مع العاقله
وليس بصحيح لان فرض المسله فيما اذا كانت قاتله حقيقة وهناك بتقدير قاتله بسبب وجوب
القسامه عليها لا يقال لان لم يجب على المراه شي من الديه وهي قاتله حقيقة فلان لا يجب عليها شي
منها وهي قاتله تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما
بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقرا وقد تحقق الملزوم فيتحقق
اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب يبنى على ايجاب
القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امراه
ولا عبد وقال ههنا ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها
تكرر الايمان وذلك تناقض قلت الجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل
اهل المحلة خمسين كرر الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمراة والعبد لانهم
ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فيجب عليها نفيا
لتهمة القتل فانها تتحقق منها وتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على جماعة تعللا بالنصرة
فمن كان اهلا يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمراة واذا وجبت على واحد لتعلل تهمة

القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المراة وقوله والفرض لهما من العطا
والعطا انما يدفع لحماة النصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النسا وجه
ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونه اي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله
واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا وقوله قيل هو صحيح الضمير راجع الى قوله لم يشترط ان يكون
بينه وبين اهل الديوان قرابه وقوله من اهل المصر بيان لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان
الذين هم من اهل المصر وقوله وصار نظير مسله الغيبة المنقطعة يعني ان للولي الابعد ان يزوج
اذا كان الاقرب غايبا وقوله لاسيما في المعاني العاصمة كحد السرقة والقذف والقصاص
ووجوب الدية فالدية في ماله في ثلث سنين اي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل
غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بينهما بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال
اذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجي وقوله ويمكنه من هذا القتل ليس بنص منهم اي
ليس بسبب نصرة اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل ينبني على الموالاة وذلك
ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اوليا بعض وقوله والكفار
يتعاقلون فيما بينهم ظاهر الا الفاظا نذكرها وقوله وعاقلته اهل الكوفه الواو للحال
وقوله بحالها اذا قلت العاقله متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضا ومعناه لا يقضي
بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من اهل الكوفه بخلاف ما
اذا قلت العاقله بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبايل في النسب وان كان بعد القضا لان فيه
ايضا نقل الدية من الموجود بين وقت القضا الى اقرب القبايل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل
ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم
الاول لا ابطاله وقوله لكن يقضي ذلك اي الاداء من مال العطا ان يشتري الابل من مال العطاء

قال رحمه الله وعاقلة المعتق مولاه كلامه واضح وقوله ولا تعقل العاقلة اقل من نصف
عشر الدية لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر بجبارة شبه فصار كضمان الاموال قيل
هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما بدل النفس فتحمله العاقله وان كان اقل من نصف
العشر الا ترى ان القبيلة اذا كانت مايه كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم
مايه درهم لانه بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مايتا وخمسون درهما فانه تتحمله
العاقلة لان تحمل العاقلة بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر
للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل الا النص ولا علته فيجب في ماله وقوله
ولا عبدا قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا
ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة عبده شي من
جنايه عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي
حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه بقتله حر وكرجد بقول فليس
على عاقلة الجاني شي انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو
يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة جايزا يذهب الى انه
لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن لا يعقل عبدا ومعنى
قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان
اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك بحضرة

قوله مر

الرشد ي فلم يفرق بين عقله وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان علقته يستعمل
في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل عن عاقله عمدا وسياقه وهو قوله ولا
صلحا ولا اعترافا يدل على ذلك لان معناه عمن عمد وعمن صلح وعمن اعترف وعلى هذا فقوله
بعد هذا او لا تعقل العاقله جنايه العبد اضافه المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر على العبد
فقتله خطا كانت على العاقله **وقوله** والاقرار والصلح لا يلزمان العاقله لقصور الولايه
عنهم الا ان في الاقرار يجب الديه في ثلث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط
الاجل في الصلح فيكون موجلا **وقوله** يعني الثابت بالاقرار ولا يرد ان الثابت بالبينه اقوى
منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الديه انما يجب بقضا القاضي
فهذا اولى **وقوله** وتصادقهما حجه على نفسه **وقوله** بخلاف الاول اراد به قوله
والاقرار والصلح لا يلزمان العاقله فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما
وجبت الديه هنالك في مال المقر لان هناك لم تتصادق فيما تقضا الديه على العاقله فيجب في مال
المقر ضروره فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضا القاضي
فاذا توي على العاقله بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحل اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا
كان اصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم
المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقله بقضا القاضي لا يتحول اليه بحال سوا استوفي من
العاقله او لم يستوف **وقوله** وقد مر من قبل اي في اول فصل بعد باب جناية المملوك
وقوله قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقله فالديه في بيت المال يعني
اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصره والتنصر بالولايه وهي منقطعه
بيننا وبينه والباقي ظاهر **وقوله** ثم ادت الكتابه اي فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب
وقوله ولا معقل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل لحكما فانتقل ولا الى ولا
بسبب حادث لم يتحمل جنايته عن الاول ولا قضي بها القاضي او لم يقض كالمولود من حره وعبد
اذا جنى ثم اعتق الاب لا تتحول الجنايه عن عاقلة الام لان هنا تبدل حاله بان انتقل ولاوه عن
موالي الام الى موالي الاب وكالغلام اذا حفر بيرا قبل ان يعتق ابوه ثم سقط في البير رجل بعد ما اعتق
ابوه فان القاضي يقضي بالديه على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شيا لان الحادث
بعد الحفر ولا العتاقه فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك اخر للعبد قبل الوقوع
فان الجنايه لا تتحول الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بيرا
في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقيل ان يبيع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان
فمات فان الضمان على البايع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولا الحادث
بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجنايه وان ظهرت حاله حقيقه مثل دعوة ولد الملاعنه حولت
الجنايه الاخرى وقع القضا بها او لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكما اذا مات المكاتب
عن وفا لذي حر وفي ذكر بود والكلمه مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امراة حره مولاه لبني
تميم والمكاتب لرجل منها من همدان فعقل عنه جنايته قوم امه ثم ادت الكتابه
فان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند ادا البدل
يستند الى حال جنايته فتبين انه كان للولد ولا من جانب الاب حين جنى وان موجب
جنايته على موالي ابيه فلذلك يرجعون على موالي الاب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن

العاقله تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضا كما ذكر في الكتاب في صورة تحول الديوان
من الكوفه الى البصره من قبل ان كانت العاقله واحده فلحقها زياده او نقصان اشتركوا في حكم
الجنايه قبل القضا وبعده كما اذا قلت العاقله بعد القضا عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم
اليهم اقرب القبايل نسبا وقد تقدم **وقوله** الا فيما سبق ادا وهو استثنى من قوله اشتركوا
يعني لا يشتركون فيه لدفع ذلك من الدين وقيل ضم اقرب القبايل اليهم والله اعلم

كتاب الوصايا باب في صفة الوصيه وما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه

ايراد كتاب الوصايا في اخر الكتاب ظاهر المناسبه لان اخر احوال الادمي في الدنيا الموت والوصيه
معامله وقت الموت وله زياده اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما ان الجنايه قد يفضي الى الموت
الذي وقته وقت الوصيه والوصيه اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصيه وهي في الشريعه
تمليك مضاف الى وقت الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرايطها كون الموصي اهلا للتبرع
ولا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصيه وان لم يولد واجنبيا عن الميراث وان لا يكون قاتلا
وكون الموصى به بعد موت الموصي شيا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سوا
كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما
يجري مجراه من الالفاظ المستعمله فيها واما حكم الوصيه ففي حق الموصى له ان يكون تملك الموصى به
ملكا جديدا كما بالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصي به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره
بقوله الوصيه غير واجبه وهي مستحبه فقوله غير واجبه رد لقول من يقول ان الوصيه للوالدين والاقربين
اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصيه واجبه على كل احد ممن له ثروه ويسار لقوله تعالى كتب
عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصيه للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما يفهم الاستحباب
من نفي الوجوب قال وهي مستحبه والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو
اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسنا لحاجة الناس اليها الى
اخر ما ذكر في الكتاب **وقوله** ومثله في الاجارة بيانه في انه عقد يابى القياس جوازها لكونها مضافا
الى زمان في المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس **وقوله** وقد يبقى المالكيه بعد الموت
جواب عن وجه القياس **وقوله** وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصيه يوصي بها او
دين الى اخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم
اذا حضر احدكم الموت الايه بهذه الايه وقد ذكر الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقررناه في
التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصيه نكره والوصيه الاولى كانت معهوده فانها الوصيه
للوالدين فلو كانت تلك الوصيه باقيه مع الميراث لرتب هذه الوصيه عليها وبين بان هذا المقدار
بعد المقدار المفروض لا بالمحل فحل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصيه منكره دل ان الوصيه
المفروضه واذا انتسخ للجواز عندنا وذكر الامام فخر الاسلام رحمه الله وجها اخر وقد قررناه في التقرير
واستدلاله بالسنه ظاهر **وقوله** وعليه اي على جواز الوصيه اجماع الامه **وقوله** لما روينا اشارة الى
قوله عليه السلام بثلث اموالكم من غير تقييد باجازة **وقوله** وسنبين ما هو الافضل فيه اي في
فعل الوصيه او في قدر الوصيه ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص
وهو ما روى محمد بن الحسن في كتاب الاثار قال اخبرنا ابو حنيفه قال ثنا عطا بن السايب عن ابيه عن ابيه
عن سعد بن ابي وقاص قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قلت
فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لان تدع اهلك اغنيا خير من ان تدعهم يتكففون الناس وفي صحيح البخاري

انكان تدع ورثتك اغنيا خير من ان يدعهم عالة يتكففون الناس **وقوله** وهذا لانه ظاهر والضمير
البارز في قوله لم يظهره واظهره للاستغنا **وقوله** تحرزا عما يتفق من الايثار اي احترازا عما يوجد من ايذي
البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض الى البعض على ما نبينه يعني عند قوله بعد هذا ولا يجوز
لوارثه وقد جا في الحديث الحيف في الوصية روي بالحا المهملة وسكون اليا وهو الظلم وروي الجنف
بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل **وقوله** الا ان يجيز الورثه استثنا من قوله ولا يجوز بما زاد
على الثلث **وقوله** لان الساقط متلاشي ليل قوله فكان لهم ان يردوه بعد قوله وفائدة وتقريره لان اجازتهم
في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فان لهم ان يردوه
ما اجازوه في حال حيوة المورث فان قيل الاسلم عدم مصادفه المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث
من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما ما تظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت
المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم والاستناد الى اول المرض لكن
الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب
عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب يعني وما نحن فيه من الاجازة قد مضى
وتلاشى جر وقع اذا لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد **وقوله** ولان الحقيقة دليل اخر وتقريره حقيقة
الملك للوارث يثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول
المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد
بقوله من كل وجه د فعا لما عسى من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف
المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر اثر
ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفي عن جارح
ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد امرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب
الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب
والجرح سبب الموت وقد يتحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمه لان السبب هو مرض الموت
ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة رفع الحكم قبل السبب وهو
باطل فنحن بين امرين اما ان يبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى
وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفا الحقيقة وجاز العفو نظرا
الى وجود الحقيقة ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول **وقوله** والرضى ببطلان الحق لا يكون
ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات
وفيه لا رجوع فكذلك فيها ووجهه انه قد عرف ان ثمه حقا وحقيقة وانما رضي ببطلان الحق
لا ببطلان الحقيقة لان الرضى ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب **وقوله**
وكذا ان كانت الوصية للوارث ظاهر **قوله** وكلما جاز باجازة الوارث يملكه المجاز له من قبل
الموصي ذكره تفريعا على مسئلة القد وركن وجه قول الشافعي رحمه الله ان بنفس الموت صار فرد
الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته
تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض ولنا ان الموصي صدر منه السبب
وكل من صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي **وقوله**
والاجازه رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب
للخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع **وقوله** وليس من شرط القبض رد لكونها هبة فكانه يقول

لوكان هبة لكان شرطا ولو كان ممنوع وصار ما نحن فيه كالمرتهن اذا اجاز بيع الرهن في كون السبب صدر
من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله واجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز
الوصيه في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك لا يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته واجيب
بان الوارث كان له حق اسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية يعتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا
كالعتق والفايدة تظهر فيما اذا اجاز في شاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصى له
قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث لانعكست هذه
الاحكام لكون الاجارة حينئذ هبة **قال** رحمه الله ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطيا **ش** لا يجوز
الوصية لمباشر القتل عامدا كان او خاطيا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل ولانه استعجل
ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية
كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل من الميراث بسبب مغايظة
الورثه مقاسمة ما لا بيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة
بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن غيره كونه قياسا على طريقتنا
غير جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي رحمه الله يجوز الوصية للقاتل مطلقا
لانه اجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف فيما بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه قتل
الموصى تبطل الوصيه عندنا وعنده لا تبطل فاحتج عليه في الفصلين يعني فيما كان القتل قبل الوصية
او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتاخره عنها
ومن المعقول ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصيه واما اذا كان الجرح بعد
قبلها فلا استعجال ثمه واجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكره
شيخ الاسلام ان المعتبر في كون الموصى له قابلا او غير قابل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم
الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل موخرا عن الوصية واعترض اجالي بان ما ذكرتم لو صح
بجميع مفقود ما نحن لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصيه وهي لا تصح للقاتل اجيب بان عتقه
من حيث ان موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد في جميع
الصوره لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة
الوصيه للقاتل جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية
والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثه الى اخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق
بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثه حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجا
تصرف من العبد فعمل فيما كان في جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث
فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فلا يعمل فيه تصرف العبد **وقوله** ولانهم لا يرضونها اي الوصية
القاتل كما لا يرضونها لاحد اي لاحد الورثه وفي الوصية لاحدهم ان اجازها البقيه نفذت فكذا للقا
وقوله ولا تجوز لوارثه اي لوارث الموصي لقوله عليه السلام ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا
لوارث ولانه يتاذى البعض الى اخر ما ذكر في الكتاب **وقوله** بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما
تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطيه **وقوله** ويعتبر كونه وارثا او غير وارث
وقت الموت ذكر في فتاوى قاضي خان ولو اوصى لاخوته الثلاثه المتفرقين وله ابن جازت الوصية
للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت
كانت الوصيه لاب للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه **و** واقرار المريض للوارث

صبة
ها
نع
نل
صبه

على عكسه اي على عكس الوصية بتاويل الايصا والمذكور اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا كان بسبب الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك بخبر بقوله لانه العبد اذا عتق فمات الاقرار لانه وارثه تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورته الابن وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره رحمه الله واري ان اطلاق المصنف رحمه الله يغني ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل **وقوله** الا ان يجيز الورثة استثنا من قوله ولا يجوز لوارثه ويروي هذا الاستثنا فيما رويناه من قوله صلى الله الا لا وصية لوارث **وقوله** ولانا الامتناع لحقهم اي لحقهم الذي هو ان لا يتضرر بايثار البعض دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلث اجازوا او لم يجيزوا لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي **وقوله** ولو اجاز بعض الورثة ظاهر **قال** رحمه الله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر وصية المسلم للكافر الذمي وعكسه جائز فاما الاول فلقوله لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية نفي النهي عن البر والوصية اليهم بر اليهم فكانت غير منهية واما الثاني فلما ذكره في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع باطلة وقالوا في شرح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بامان فهي جايزة لان له ولاية التمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلا انه لا فرق بين وصيته بالثلث وجميع ماله لان منع المسلم عما زاد عن الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ليس كذلك **وقوله** وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس شرطا لصحة الوصية وانما هو ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالموت من حيث انها تمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان كان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان **وقوله** ويستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصله ان التقليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله صلى الله عليه وسلم ان تدع عيالك الحديث ومعناه وريثتك اقرب اليك من الاجانب فتركك المال لهم خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا لان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث والكاشح العدو والذي كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان فيه التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها **وقوله** والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام

عليه قبل هذا **وقوله** ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان يشتري المريض شيا وصيته يوصي به لرجل ثم الموصى له يجد معيبا فانه لا يرده على بايعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث **وقوله** ولا يملك احد باثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى ووجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وامثال ذلك كثير **وقوله** الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول **وقوله** ولان الدين يقدم على الوصية يعني في الحكم فان قيل هذا التقدير مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فالجواب ما ذكره في مختصر الضوء في الفرايض **قال** رحمه الله ولا يصح وصية الصبي كلامه واضح **وقوله** ولو بقيد يبقى على غيره يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم ينفذ يبقى ماله على غيره فكانت الوصية اولى **وقوله** والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحكم يعني كان بالغا لم يمض بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشي باسم ما كان عليه او كانت قضيته في تجهيزه وامر دفنه ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية في التجهيز وامر الدفن واجيب بانه قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله بمعناه **وقوله** لانه اوصى لابنة عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لان رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا مخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الاية فانها تدل على ان الصبي ممنوع من ماله **وقوله** وهو يخرج التوا جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى **وقوله** كما بيناه اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى اخره فانه يفيد ما افضليه الترك في الثوا اونسا وبهاينه **وقوله** والمعتبر في النفع والضرر يدرك في الجواب كانه يقول سلمنا ان في الوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى وضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا ترى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امراة تشوها ويتزوج باخرى الموسرة الحسنا يكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والوصية ليس من اهله **وقوله** بخلاف العبد والمكاتب يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث مالي وصية يصح لان اهليتهما مستتمة اي تامة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوط المانع **وقوله** ولا يصح وصية المكاتب يعني تنجيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر انفا **وقوله** والخلاف فيها معروف عرف في موضعه يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبله فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وعتق عندهما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى ملك قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولابي حنيفة ان للمكاتب نوعين

له

ب

معسرع صح

ك

من الملك احدهما وهو قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر
دون غير الظاهر **وقوله** ويجوز الوصية للحمل مثلا ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة
وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته بعينه ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت
الوصية له به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره
الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على
ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله في بعد موته لا انه يملكه في الحال والاستخلاف
يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اختين فان قيل لو كانتا لما جازت ردها اجاب
بقوله الا انه اي فعل الوصية او الايصاء يرتد بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه
قوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية للحمل يعني ان الهبة للحمل لا تصح لانه تمليك محض
والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه لتمليكه بحصول
الملك فيه بالقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا
علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت
الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل ان يقول في كلام
المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا
لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح
لورود القبض ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض
وقوله وبابها واسع الى اخره واضح وان اختلج في ذهنك تناقض لخرير سمعه لاثبات الوجود
لجواز الوصية وتوجيه للجواز بصحتها في غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى
وقوله وقوله ومن اوصى بجارية يعني من قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت
الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل
في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية تصح استثناؤه من الجارية بتفصيلها وسراويلها ما لا يتلبس
بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل
لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل كيف صح الاستثناء وهو تصرف
لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان
قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا قرشا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء
ايضا صحيح في تقرير ملكه في القرش باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل
لا نسلم ان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناول لما استحقه
لغيره من امواله اجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناول له العموم
بل يستحق اذا اطلق الموصي عن قيد لا الافراد فاذا افرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام
بالافراد فصحت الوصية بها مفردة **وقوله** لانه يصح قد ذكر في البيوع **قال** رحمه الله
ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم
لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى الثاني ان
القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى
ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله

انواع ذكر المصنف لها ضوابط في الكتاب هي جامعة واضحة **وقوله** وان جحد
الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد اعلم ان محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان جحود الوصية
ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع ثم من مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في
غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار
والانكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط على
الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور
في الروايات في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا اوصى الرجل لرجل بثلث
ماله ثم قال اشهدوا اني لم اوص لفلان بطلت شهادة الزور منهم فيكون معناه هذا اوصيت لفلا
بكذا الا اني سالتكم ان تشهدوا لي بالباطل وطلب شهادة الباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود
حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من
قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال
المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي رحمه
الله هو الاصح لان المعلى قال في نوادره سالت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون
رجوعا وسالت محمدا فقال لا يكون رجوعا وهو مختار المصنف رحمه الله واستدل لابي يوسف بان الرجوع
نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي في الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال اولى
ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي
في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى
ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضروراته وهو الانتفاء في الحال فكان
الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي
بعضها الجحود وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل **وقوله** ولان الرجوع اثبات في الماضي
ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل اخر وتحقيقه ان احدهما مركب من النفي والاثبات
والاخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه نظر من وجهين
احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه
انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا
لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول ان قوله نفي في الماضي والحال معناه
نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا ينافي وعن الثاني
بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفا
الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا لم يكن جحود النكاح فرقة يعني مستعار
للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين
فلا يجوز استعارة احدهما للاخر **وقوله** ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان واضح **وقوله**
لان اللفظ يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية
بعينها للغير **وقوله** لما بينا اشارة الى هذا التعليل **وقوله** وقد ذكرنا حكمه يريد به ما
قدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجاز جاز والا فلا والله اعلم بالصواب

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسايل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر

تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب **قال** ومن اوصى
لرجل بثلث ماله ومن اوصى لرجل بثلث ماله لرجل ثم اوصى لآخر ايضا بذلك فالورثة اما
ان يجيزوهما اولى فان اجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما
نصفان اذ لا يزاد على الثلث حينئذ وليس احدهما اولى من الاخر فتساويا في سبب الاستحقاق
والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فاذا كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان
لم يكن كرجلين اقاما البينة على نكاح امراة في الاستحقاق بطل السببان جميعا **وقوله**
وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس واضح **وقوله** ولا يضرب ابو حنيفة اي لا يجعل
من ضرب في ماله سهما اي جعل ومفعوله لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وصورة
المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة والآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما
لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة
والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث
فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر
بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة وجب ان لا يضرب
الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما
الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا
عتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما بالف للذي قيمته
الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم
المرسلة اي المطلقة هي ان يوصي لرجل بالفين ولآخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم
ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية
بخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى
لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله او بجميع ماله ولآخر بثلثه لان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع
الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم
المرسلة ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل
انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة
في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث
وفي ذلك يتساويان فكذلك ههنا بخلاف الاجماع يعني المحاباة واختيها واضح **وقوله** وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صورة نقض يرد على المسائل المجمع عليها **وقوله** وان
احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني ان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا
مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان والاحتمال ان يكتسب هذا العبد مالا
فيصير رقبته مساوية لثلث المال او يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال **وقوله** لان
هناك الحق يتعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت بطلت
الوصية والمستفاد من الآخر وحق الورثة ايضا متعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث
فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو
هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم يتعلق بعين ما يتعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه **قال**

ولو

ولو اوصى بنصيب ابنه هـ ومن اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له
ان صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير لان
نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا يجوز والثاني وصية
بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر جازت الاولى كالثانية
نظرا الى حال الوصية فان المال كله له في تلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك ان يتصرف في
ملكه كيف يشاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير **قوله** ولو اوصى
بسهم من ماله معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل الاصل ان الانصباء
اقله والتمر اكثر من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب
من الاثر واللغة اما الاثر فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله
عليه وسلم فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال
السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت
اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير
قال في الكتاب فعلى رواية الجامع الصغير جوز ابو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة
على السدس وعلى رواية الاصل جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس
ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس
ليس في رواية المبسوط **وقوله** ولا يزاد عليه في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على
رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقال له نصيب مثل احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان
يجيز الورثة وسعرهما العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية
والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد اي الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا يزيد عليه عند
عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة رحمه الله **وقوله** ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره
مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما
وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني اذا كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السهم
لما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم
يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس
السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس
وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فانه عمل بالدليلين واما الثاني
وهو قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن
السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر
ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان اراد به الاقل منهما عاد
الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وان كان المراد بقوله ما ذكرنا هو
الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من
رواية جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب
من قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما
هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى لعمه وان كان غير ذلك فالله اعلم
وجه المقلد ديعه وصورة المسئلة ما اذا اوصت امراة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت

زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطي السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطي الربع
اي مثل الربع فيعطي الخمس بجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصي له سهم ن
بقيت خمسه للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في اصل المسئلة تخرج الكبير وهو
اربعة وعشرين كان للموصي له سهم يضرب في اربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها
الربع وهو خمسه والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة وهو
واحد على الفريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطي الموصي له سهما والزوج سهما وهو
الباقي بعد نصيب الموصي له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب
الزوج ومثل الشي غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على
رواية الاصل فتخريجه تخريجهما على هذه الروايه وتخريجها على الروايتين **وقوله** قالوا في
مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة
اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قايمون مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او بطايفة او بنصيب او بشي
فالحكم كذلك **وقوله** وان اجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة
كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازت الورثة جايزه
جايزه فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في
الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانيه زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث
ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس فيحتمل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا
لكلامه على ما يملكه وهو الايصا بالثلث **وقوله** والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين
الاول قد قررناه في التقرير مستوفي بتوفيق الله **قال** رحمه الله ومن اوصى بثلث
دراهمه او بثلث غنمه ش ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث فهلك ثلثا ذلك وبقي
ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل
واحد منهما اي من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصي له والمال المشترك يتوى
ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما يبقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة
وهو القياس ولنا ان الجنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدهم في الواحد اي
يمكن جمع حق شايع لكل واحد فرد ولهذا يجري فيه على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا
امكن الجمع جمعنا حق الموصي له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصي له جعل
حاجته في هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصي به فكان حق الورثة كالتبع
وحق الموصي له كالاصل والاصل فيما اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شي منه ان يجعل
الهالك من التبع دون الاصل كما المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهلاك
الى الربح الذي هو تبع لا الى راس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية بثلث
الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك
درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فلذلك هذا **وقوله**
بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه
ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابا الباقون
فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من

المعادله وهي متعذرة وان تعذر الجمع تعذر التقدير لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا
بين الورثة والموصي له اثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليها اثلاثا وظهر من
ذلك قوله ولو اوصى بثلث ثيابه واما اذا اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد
او بثلث ثلثه من الدور فليس له الا ثلث الباقي لكثرة التفاوت هكذا اجاب محمد
في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه
لا يرى الجبر على القسمة فيها فاما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون
الموصي له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب
كل واحد منهم في عبد باعتبار القسمة لاتحاد الجنس والمعنى هذا مال الفقيه ابو الليث
والامام فخر الاسلام رحمهما الله وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب
على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد فيجمع وبدون ذلك اي بدون اجتهاد القاضي
وجمعه يتعذر الجمع واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي وكان المال على الشركة ما بقي
وما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا
حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة
وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا **قال** ومن اوصى لرجل بالف درهم
ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين بان كان
له ثلثة الاف درهم نقدا دفع الالف منه الى الموصي له وان لم يخرج بان كان النقد نصفا الفا
دفع منه اليه ثلثه وكلما خرج شي من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصي له شريك
الوارث والاصل في المال المشترك الذي في حق كل من الشركا بلا بخس ولا بخس في حق احد بتخصيص
الموصي له بالعين في الاول فيصار اليه وفي الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصي له بالعين
لان للعين فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب فان قيل فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين فيما
الموصي به الف من المال والدين ليس بمال فان من حلف ان لا مال له لم يحنث بديون له على
الناس سلمناه ولكن لا نسلم ان الموصي له شريك للورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشي معين
وهو يخرج من الثلث فهلك فلا خصومة له على الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة
الموصي له فيما بقي من المال والجواب عن الاول ان الموصي به الف اعم من ان يكون مالا
في الحال او في المال لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث
اذا كانت في غير معين واما في العين فان الوارث كالمودع لا يضمن الا بالتعدي **وقوله**
ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله واضح واندفع بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو
وهما بالحياة فمات ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حالة الملك ثم
بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت
المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث
بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والضمير في قوله لانه لو
عنده للموصي والباقي ظاهر **وقوله** ومن اوصى بثلث ماله فظاهر **وقوله** فالصحيح ان
الوصية تصح احترازا عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى ماله الخاص فصار
بمنزلة التعيين كما لو اوصى بهذه الشاة ولم يكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه
ابو الليث رحمه الله هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار

بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل فمنها ما ذكره في المبسوط
بقوله لو قال بقفيز حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه
بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فان لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء
للموصى له والفرق ما ذكرناه قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده ه ما ذكره واضح
صورة وتعليلا الا قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض
بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس ان لا يصح لان الوصية تمليك مضاف
الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق
يحلها وهي امة فتستحق الوصية وهي امة والوصية لامته بشيء غير رقبتها باطلة ووجه
الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها لا بد لان حال الموصي لان
الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان
قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا من امته
فكيف لم يصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله
ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف
ام الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم تكن وصية اصلا
ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان تصادفها بعد موت المولى وهي حرة او امة
فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث
المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية
توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله
وادناه في الميراث قيد بذلك احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد
باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث منصرفا الى الاثنين والوصية في معناه من
حيث ان الكلام فيهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هنا ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله
نجد ذلك في القران يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد به
الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذلك قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل
قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان
والقياس ان يكون له نصف كل مائة ووجه الاستحسان انه اثبت الشركة وهي تقتضي
المساواة والمساواة انما تثبت ان اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى اشراكه
اياهما جملة واحدة وان ما اخذ نصف كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد منفردا وليس
كذلك بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة درهم ولاخر بمائتين ثم كان الاشتراك اي ثم قال
لاخر اشركتك معهما فان له نصف كل ما لكل منهما لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن
لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد
منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان وقوله ومن قال لورثته لفلان
علي دين فصدقوه يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول والاقرار
بالمجهول وان كان صحيحا لكن انما يحكم به اذا فسره من جهة المقر بيانه وقد فات بموته وقوله فصدقوه
يعني فيما قال لا يصلح بيانا لكونه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فيتعذر
اثباته اقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد

بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو ما له ذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق
الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد
يحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ
ذمته فيجعلها اي هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاء فلان (له)
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون
الزيادة وقوله فان اوصى بوصايا غير ذلك الى اخره واضح وحاصله انه تصرف يشبه الاقرار
لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على
الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب
الوصايا عملا بالشبهين وقوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا
اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما
لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة
قبلها والشركة انما تثبت حكما له عقيبه بحيث لو لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت
حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الاخر بحسب صحة السبب وعدمها
واما في الاقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبله فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به
وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في
الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك او جحد الاجنبي او الوارث ذلك
او انكراه جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اذا لم يتصادقا
صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه وببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه
ويثبت في نصيب الاخر وقالا انه اثبات مشترك هو المبطل وقد وجد ولقائل ان يقول هذا الاقرار
بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى
ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي ان اليقين لا يزول
بالشك وتقريره ان حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ففي كل جزء فرضته يشتركان فيثبت
للاجنبي الملك فيه بالنظر الى حصة الاقرار ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار
فلا يثبت بالشك وقوله بقاء وبطلانا اي بقاء في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني يبقى
الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لامتياز حصة كل واحد منهما عن الاخر قال (حصته صح)
ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء ه رجل له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء تخرج من (له صح)
ثلث ماله واوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدرى ايها هو وقالت
الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق
مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو تمام غرض الموصي الا ان يسلم لهم
الورثة الثوبين الباقيين فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف رحمه الله
في الكتاب وهو واضح اذ البدي يتعلل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء وان ابتدى
بتعليل جانب صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك رديا من الباقيين نحو صاحب الوسط
في الجيد منهما وان كان الهالك اردى من الباقيين نحو صاحب الوسط في الردي منهما لحقه ان
يتعلق بهذا مرة وبذلك اخرى وان كان الهالك الوسط فلا حق له في الباقيين هذا اذا كان حقه
يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فياخذ ثلث كل واحد نصفي صاحب الجيد

وصاحب الردي فصاحب الجيد يدعي صاحب الجيد ولا يدعي الردي لانه لاحق له قطعا وصاحب الردي
يدعي الردي والجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وقوله
واذا كانت الدار بين رجلين ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع واما قوله
هذا ففيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات
ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت معنى
المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في
العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركا وما نحن فيه
كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر في المبادلة ويكون معنى قوله هناك
ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله
وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر وقوله
اما لانه عوضه كما ذكرناه في الجارية الموصى بها وقوله او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين
يعني في وقوعه في نصيب الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر يعني في وقوعه
في نصيبه وقوله فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان قيل ينبغي
ان يقسم نصيب الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له انه حقه في عشرة وحق
الورثة في اربعين فيعتبر زعمه كل فريق فجعلنا كل خمسة منهما سهما فصار الكل احد عشر وقوله وقيل
لا خلاف فيه لمحمد بل قوله في الافراز كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال رحمه الله ومن
اوصى من ماله لرجل لاخر بالف ٥ ومن اوصى من ماله لرجل لاخر بالف بعينها فلاحد فاما ان يجيز الوصية
اولى فان كان الثاني بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم
يدفع فله ان يمتنع وان اجازها لانه هذا تبرع بمال الغير الى اخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح
الى قوله فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه فان كان الدين مستغرقا فجميع نصيبه
دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع يعني يسري
الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت
الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فاوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ
الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا وقوله ان الام اصل يعني في الوصية والولد تبع
فيه اي في الوصية على تاويل الايصا فاما كانت الام اصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم
سرى حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له
من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا
يتغير بزيادة المال لانه يودي الى نقضها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل
بالتبع وقوله الا انه لا يقابله بعض العوض جواب عما يقال لا نسلم ان تنفيذ البيع في البيع
لا يودي الى نقضه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله وفي ذلك نقض له حصته ووجهه
انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد واذا اتصل به القبض فان العوض
الواحد لا يقابل معوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في البيع لان الثمن تابع الى اخر ما ذكره
وقوله اذا اتصل به القبض انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان
لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بافة سماوية لا يقابله شي من الثمن بل
ياخذ الام بجميع الثمن فصل في اعتبار الوصية قال في النهاية لما ذكر الحكم

الكلي

الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق
بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام
المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض وقوله واذا اقر
المريض لامراة واضح معناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير
وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فسادها الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا
للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر
مريضا وقوله لان الاقرار لم يعتبر فيه تلوح اليه دقولين فر رحمه الله وهو ان الاقرار
ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك الاقرار يثبت
الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله الا ان الثاني
يوخر عنه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يوخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة
الصحة بخلاف الوصية لانه يعني الوصية تناول الايصا وقوله وكذا لو كان الابن عبدا
او مكاتبا فاعتق يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا
اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه اي على
العبد دين يصح الى اخر ما ذكر في الكتاب وقوله والمقعد والمفلوج المقعد من لا يقدر
على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول
هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها وقوله صار طبعا
من طباعه يعني خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك
صاحب فراش فهو كمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما تعرف عند ما اصابه ذلك وصار
صاحب فراش ومات من ايامه لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخر
عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال رحمه الله ومن عتق عبدا في مرضه ٥ كلامه
واضح قوله والمراد اعتباره من الثلث اي المراد في قوله فهو وصية الاعتبار من الثلث
لا من حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعا
وقوله كالضمان والكفالة عطف بينهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان
ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبي خالع امراتك على الف على اني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف
فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المراة والخمسمائة على الضامن وقوله ود المشتري وقوله
وما ابتدا من التصرف اي نجزه في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال العقد
فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض منه كحال الصحة لانه بالبرء
تبين انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابا ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا
يساوي الفين من رجل بالف واعتق عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان
ابتدا بالعتق تحاصا فيه عند ابي حنيفة ففي الاول يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق
من الثلث شي الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاصا
في مقدار الثلث وقالا العتق اولى سوا تقدم المحاباة او تاخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته
بقدر الثلث ويخير المشتري ان شا نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن

من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد الفي درهم والاصل المذكور في الكتاب
ظاهر وقوله الا العتق الموقع اي المنجز المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او يوصي
بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم **وقوله** كالتدبير الصحيح احترازا عن الفاسد
منه مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء **وقوله** والمحاباة في البيع بالرفع معطوف
على قوله الا العتق الموقع وغيرهما يجري اي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال
وقوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة **وقوله** لما في الخلافية
وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا ترى انه اذا اوصى
بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك
ههنا **وقوله** لانها تثبت في ضمن المعاوضة يعني وبالمرض يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا بمعناه
لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر
عنه **وقوله** قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم
بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى ان
مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية
للعتق المتاخر عنها وهو تناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا الوجه الثاني من جانبيه ولم يخرج
من الثلث تحاصا وما ذكرتم من التقديم ثم تقتضي الترجيح يستدعي ان يستفيد الاولى ثم الثانية
والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم الا تكيحة الصحيحة القياس لذاته وقياس
المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات
المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد
الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية **وقوله** قسم الثلث
بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم لم
يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة
على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم
ما اصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الاخير للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف
يستقيم هذا ولم لم يصاحب المحاباة تمام حقه كان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب
العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على حق صاحب العتق الثاني وليس معهما عتق اخر
وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول
لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وانتقض على صاحب المحاباة البيع لما
لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين العتقين نصفين لاستوائهما **قال** رحمه الله والوصي
بان يعتق عنه بهذه المائة عبدا كلامه واضح **وقوله** وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة قال الامام
الكشاني الا ان يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له **وقوله** وهذا اشبه يعني الى
الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيختلف المستحق اذا هلك منه شيء ويبطل الوصية
ويرد المائة الى ورثته **وقوله** ومن اوصى بعتق عبده اي باعتاق عبده **وقوله** لانه تتلقى
الملك من جهة الموصي الا ان ملكه اي ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم
محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد لحاجته وانما يزول ملكه
بالدفع فاذا خرج به اي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته

بسبب

بسبب الدين فان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم اي كانوا متبرعين بما فدوه به
ومن اوصى بثلث ماله لآخر واضح **وقوله** وان كان على المعتوق دين يعني ان اعتق عبدا في
صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة
المرض انما يمنع احدهما الآخر ان لو كان احدهما متاخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتاخر وههنا
حصلا معا لانه تصديق واحد بقوله صدقتما فجعل كان الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان
معا كذلك وله ان الاقرار بالدين اقوى ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار اقوى على ما
ذكرنا والثاني ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت
العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى
بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض
اعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد وسعى
في قيمته للغريم كذلك ههنا **وقوله** وعلى هذا الخلاف الى آخره لهما ان الوديعة لم
تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذا الاقرار من الوارث
بالدين على الميت يتناول الذمة لا التركة فتقدم وتقعا معا بخلاف المورث وله ان حقه يثبت
في عين الالف مقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند تعلقه منها الا الالف كان الالف مستحقا
بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال له ذلك فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسئلة
ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب والله اعلم **فصل** لما فرغ من باب
العتق في المرض على الفصل ليوه العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل
اعلم ان من مات وعليه حقوق الله من صلاة او صيام او صدقة او زكاة او حج او كفارة او نذر
او صدقة فطر فاما ان يوصي بها او لا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم يجبر الورثة
على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عند فان الوصايا
اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة بعد من ذكرها
وما لله ان يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة او واجبات كالكفارات والنذر
وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين
هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها لله وهي فرائض
او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي
او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منها البداءة بما
هو الاهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بما
قدمه الموصي واخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر
منها البداءة بما هو الاهم وان تساوت في القوة فان قيل من ذهب قول محمد وابي يوسف
رحمهما الله ولا معتبر بالتقديم بالذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت فهي هذه المسئلة
حجة لابي حنيفة عليهما اجيب بان هذا مختص بحقوق الله لكون صاحب الحق واحدا
واما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بثلثه لآخر
وقوله فالزكاة تعلق بها حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان
ممتزجا بحقين **وقوله** اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات اما في الزكاة
فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر

فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شا مات يهود يا الحديث **وقوله** والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة ترك كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بالآثار مستفيضة **وقوله** وعلى هذا عدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان تقدم صدقة الفطر والنذر لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذر تقدم على الاضحية لوقوع الخلاف في وجوبها دون وجوب النذور وما ليس بواجب تقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر ان يبتدي بالاهم فصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدأوا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا ههنا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن من اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق سواء رتب على هذا الترتيب او لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضى الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الادميين فان الجميع منها وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذلك هذا **قال** رحمه الله ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه واضح **وقوله** وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل يعني على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله ولو انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الى اخره **وقوله** ومن خرج من بلده حاجا قيد به لانه خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسنذكره بعيد هذا قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن اما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق ولانه لم يجهز بنفسه لتجهيز من حيث هو فلذلك اذا اوصى **وقوله** لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى اخره مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا بثلاثة فان الخروج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ثم مات فاوصى وجب الاكمال لما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق فان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر به بدليل انا لا او له لو بدا له في ان لا يحج بنفسه بعد ان مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به **وقوله** على ما قررناه اراد به قوله قبل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الى اخره والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص يتلو العموم **قال** رحمه

الله ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار لانه لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار القرية وجار المحلة وجار الارض صرف الى الخصر الخصوص وهو الملاصق **وقوله** وذلك عند اتحاد المسجد قال حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران **وقوله** وما يروى فيه ضعيف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة قال الشيخ هذا خبر لا يعرف رواته وقال ابن قدامة هذا لو صح كان نصا في الباب وقد طعن في روايته قال ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد رحمه الله في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يكون السكان تحت الوصية من الجيران الملازقين والسكان والا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن شاهويه هذا كذا خذ سه من محمد رحمه الله في مذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك وقوله ينبغي على قول محمد رحمه الله ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يضمه الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان قال ومن اوصى لاصهاره اي لاقرباء امراته قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد لان الصهر في اللغة يجي بمعنى الختن ايضا **وقوله** وان كانت في عدة من طلاق بائن لا تستحقها يعني وان ورثت منه بكون الطلاق في المرض **قوله** ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان تطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وهاو على محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكر والانثى وازواج المحارم كلهم في قسمة الثلث بينهم سواء **وقوله** ومن اوصى لاقاربه يعني ينصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب او الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي حنيفة رحمه الله **وقوله** وفائدة الخلاف تظهر في ال ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول فهي الامام علي رضي الله عنه فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني فهي الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضحة الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع بقوله فان عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله يقيد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرنا وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى وما كان ذلك متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة **وقوله** واذا اوصى لاقربائه وله عمان وخالان يعني وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى اخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب ابي حنيفة رحمه الله **وقوله** لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العمان كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف ايضا واعترض بان في هذا اجعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم اخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم اخر وحينئذ كان لقائل ان يقول اذا عم واحد كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال له يجب

له الربع او الخمس عند الانفراد على تقدير ان يكون له ثلاثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا ان
واجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعين ادنى ما يستعمل
فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف ما لهما واذا اخذ العم
النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاث
وقوله لما بينا اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الى اخره **وقوله**
وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة **وقوله** والعمة وان لم تكن
وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة وتقدم العم على الاخوال
بسببها فلم تكن قرابتها اقرب ووجهه انها مستحقة للوصية مساوية للعم في الدرجة
وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها العم
في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق او الكافر لما ان حرمانه حرمان الميراث **وقوله**
لوصف قام به لا لضعف في القرابة **وقوله** لا يساويه الانساب في جميع النسب وهو
القريب كالانصباء في جميع النصيب **وقوله** في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة
على قول ابي حنيفة خلافا لهما **قال** رحمه الله ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته لان
الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند ابي حنيفة رحمه الله والى كل من يضم نفقته فلان
من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واتوني باهلكم اجمعين فانه ليس المراد
به الزوجة خاصة وكذا قوله فنجيناه واهله الا امراته وله ان الاهل في الزوجة حقيقة
يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله فلا يجوز الى غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال
بهذه الاية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمراة لا تخاطب بذلك والجواب
انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه او اقاربها ممن يضمهم نفقته فان كان معه من
الاهل فاحد لم يدخل فيه بالاتفاق على ان الخطاب لا يستدل علينا لان طريق معرفته
السماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالاية تانيسا فانه ثبت ان ما في الاية
ليس على معنى الحقيقة لان الحقيقة مطلوبة كالايات التي استدل بها **وقوله** فلان تاهل
ببلد كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه **وقوله** لان الانسان
يتجنس بابيه فان ابراهيم رضي الله عنه ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس
قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا
اللفظ دون جنس الام **وقوله** ولو اوصى لايتام فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل
الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد البلوغ والعميان والزمنى معروفة والارامل جمع
والارمل الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امراة من ارمل اذا افتقر من الرمل كالدقع
من الدقعاء وهي التراب ومن النساء من قال الارامل في النساء خاصة والمختار من المصنف
هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا اوصى لهولاء فاما ان يكونوا
قوما يحصون او لا فان كان الاول وحد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء
الى كتاب وحساب فان احتيج الى الحساب فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة
فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي دخل في الوصية
فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيه ممكن
فان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح **وقوله** بخلاف

ماذا

ماذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل
الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير
وهل يدخل الذكر في الايامى دخوله في الارامل او لا قال الكرخي رحمه الله يدخل لان
الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال رجل ايم ايضا وقال محمد الايم هي الثيب
خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره في الارامل وانما
بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف الى الفقراء
ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت
قال محمد رحمه الله الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك
والكهل اذا بلغ اربعين فزاد اربعين عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب لسبب
فحينئذ يكون شيخا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا
لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر **وقوله** ولو اوصى لبني فلان يعني اذا
اوصى لبني فلان فلا يخلو اما ان يريد مفهومه الاضافي ويكون اسم قبيلة او فخذ فان
كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابي حنيفة رحمه الله رجع اليه وكان يقول اولا يدخل
وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط اما اذا كانت المنفردات فلا تدخل بالاتفاق ووجه
قولهما ان جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله اخرا ان حقيقة
هذا الاسم للذكور وانتظام الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة
وان كان الثاني يتناول المراد به مجرد الانتساب كبني ادم ولهذا يدخل فيه مولى
العتاقة والموالاة وحلفاؤهم وهم يقسم الموصى به من بعده عليهم من فقرائهم ان
قال رحمه الله ومن اوصى لفلان فاما ان يكون ابا خاصا او فخذا فان كان الاول
فالوصية تناولت الاولاد دون اولاد هم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط سواء
لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا
لا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل اولاد الاولاد اولاد
الابناء رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الوصية لولد فلان يتناول الولد وولد الولد فهم
ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم فان الكل ورث والصحيح انهم لا يدخلون
وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرناه وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلبي
قايما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا يخلو عن الاولاد عادة فيكون مراده
فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا خاصا فان بنيه وبناته قد يخلو عن الاولاد فلا يكون
مراده **وقوله** ومن اوصى لورثة فلان واضح **وقوله** ومن اوصى لمواليه مبناه
على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فاجاز هذا واصحابنا ما جوزوه
فلذلك هذا والمروي عن الشافعي رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله لكن لا على جواز عموم المشترك
بل على ان لفظ المعنى المولى على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف
وليس بظاهر والمروي عن الشافعي رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله لكن لا لجواز عموم المشترك لان معنى
الاخوة في الجميع واحد وهو اشتمال الصلب لاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى
الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه فكان في احدهما بمعنى الفاعل وفي الاخر بمعنى المفعول واليه اشار

لا الرحم

عليهم

بقوله لان الاشارة الى الجهة مختلفة **وقوله** في موضع الاثبات احترازعن صورة النفي كما ذكر في الكتاب
وهو اختيار شمس الائمة وعامة اصحابنا على ان لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف
بان ترك الكلام مع الموالي مطلقا ليس لو نوعه في النفي بل لان الحامل على اليمين بغضه وهو ليس بمختلف فيصير
بذلك المعنى كالشي وقد قررناه في التقرير مستوفي بعون الله وتاييده فان قيل لما ان لفظ الموالي مشترك
لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان
والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف الوصية الى المولى الذي
اعتقه لان شكر المنعم واجب وانما فضل الانعام في حق المنعم عليه مندوب والصرف الى الواجب اولى
منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى اجيب بانها معارضة لجهة اخرى وهو
ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقرا والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغنى والمعروف
عرفا كالمشروط شرعا كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى ولو اوصى لمواليه وليس له المولى الاعلى
فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق
ها لا يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشي لا بالعلية يعقبه وجودا والوصية تضاف الى حالة الموت
لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف
انهم يدخلون لانه سبب استحقاق الولا وهو التدبير والاستيلاد لازم ثابت مستقر والاصح
الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولا بنفس الاستحقاق بل بالاحيا الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد
الموت ويدخل فيه اي في هذا الايصا يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو اوصى لمواليه
وله موال واولاد الموالي وموالي موالاة دخل معتقوه وهو ظاهر واولادهم لان نسبتهم اليه
اليه بالولا للعتق الذي باشر في ابائهم والفروع اجزا الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كما في اصولهم
ولهذا لا يجري نفي اسم الموالي عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لان النفي عن الفروع صحيح
حيث يجوز ان يقال ليس بني فلان وانما هم بنو بنيه وعن ابي يوسف انهم يعني موالي الموالاة يدخلون
ايضا لما ذكر في الكتاب وهو واضح **وقوله** الاعتاق لازم جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة
وجب بطلان الوصية كالموالي الاعلى والاسفل ووجهه ان المشترك لا يعمل به اذا لم يكن قرينة على احد
المعنيين وههنا قرينة بعين احدهما وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل النسخ بعد
ثبوته وولا الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلما وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا يتحقق المزاحمة
بينهما ولو لم يكن له الا موالي موالاة كان الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم يكن وجب العمل بالمجاز صونا
لكلام العاقل عن الالغا ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة
لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا ان الاسم الموالي لاولاد الموالي
حقيقة **وقوله** ولا يدخل فيه اي فيما اوصى لمواليه موال اعتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن
الصواب ان يقال موال اعتقهم ابوه او ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب
وهذا لان الحقيقة هو ان يباشر اعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز ان ينسب لذلك
باعتاق مملوك ثم يعتق لكن المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالي الاب والابن فعل الاعتاق
ولا نسبته فقلنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في
النسخ لان الذين اعتقهم موالي له حقيقة **وقوله** وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة جواب
عما روي عن ابي يوسف ان موالي ابيه تدخل اذا مات ابوه وورث ولاؤهم لانهم مواليه حكما
ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث ما كان لكونه مولى له لكن الشرع اقام

عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولا كالنسب لا يورث نص عليه صاحب
الشرع قال الولا لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم
الانتقال فكان بطريق العصوبة **وقوله** بخلاف معتق المعتق واما معتق البعض فعند
ابي حنيفة رحمه الله لم ينسب اليه بالولا بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت
اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه اليه انما ينسب اليه بالولا حقيقة
فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم
باثبات لفظة ابنه ومعناه ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة
بخلاف موالي الام لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما لان
معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه
تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة والله اعلم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة
بالمنافع واخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا **قال** رحمه
الله ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح ويفيد الموافقة بين الوصية
والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان الوصية
تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حال الحياة فكذا بعد الممات لان الموت لا يزيلها والارث
خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض لا يبقى واذا اجازت الوصية بمنفعة
العبد جازت بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة يشملهما يعني المنفعة والغلة
قوله فان خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان
قال ابدا او جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم تخرج ولكن اجازه
الورثة التسليم اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له
يوما الى ان يموت وان كان الثاني فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنة ست وسبعين وسبع
ومائة او لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي
بعد مضي بعض من تلك السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازه الورثة
يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم تسليمه الى الورثة وان لم
يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى
له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج وان لم تجزه الورثة يسلم العبد
الى الموصى له والورثة يومين الى ثلث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا
اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره **قال** رحمه الله
فان كان موت الموصى له عاد الى الورثة ه اذا مات الموصى له عاد الموصى الى ورثة الموصي
لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحق الى وارث الموصى
له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين
تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز ان يستحقها الذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير
مراضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق
بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حاله الوصية في باب الفرق بين جواز الاقرار

بوماصر

وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى بغلة عبده او داره
فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى بنفسه او سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ
في ذلك على ما ذكر في الكتاب وهو واضح **وقوله** وليس للموصى له بالخدمة ان يوجر العبد والدار
واضح سوى الفاظ يذكرها **قوله** اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل قد تقدم من في
باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو ان الشي لا يتضمن ما فوقه
وقوله الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتدا
لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات
الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض فلا
معتبر به **وقوله** ولان المنفعة دليل اخر **وقوله** وهذا لا يجوز يعني بنا على ما قال
ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته
تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة وجوز له ان يملكها ببدل **واجيب** بان
كلام المصنف رحمه الله في الوصية ثم مراده بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها
ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه **وقوله** اذا كان يخرج من الثلث احتراز
عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى اهله الا باجازة الورثة **وقوله** واذا كان في غيره
اي في غير مصر الموصى **وقوله** ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره قد علم جوازه فيما تقدم
طريقه فلعله ذكره تمهيدا لقوله ولم تكن بالغيرم كان له ثلث غلة تلك السنة يعني اذا لم
تجز الورثة وكانت الوصية بغلة عبده سنة وقد كثر الضمير اما بتاويل المال او نظرا الى
الخبر **وقوله** لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزا وكل ما هو كذلك تتعلق الوصية بثلثه
ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة
بالاجزا صرنا الى قسمة استيفا الخدمة بطريق المهايأة الى ما ذكرنا في خدمة سنة كاملة
كما ذكره **وقوله** فلو اراد الموصى قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا منه لاحدهما على الاخر
ومعناه لكنه عطف قوله لاخر برقبته بالواو وعلى قوله اوصى له بخدمة عبده فيعتبر
هذه الحالة يريد حالة العطف بحالة الانفراد اي انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا يتحقق
المشاركة بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما **وقوله** لما صحت الوصية لصاحب الخدمة
كالبيان والتغيير لما قبله من حالة الانفراد لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة
ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر يكون
الرقبة له والخدمة للموصى له بها لان الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت بعد
الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لاخر اما ان يكون مدركا حق الخدمة
او لا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لان بالانفاق
عليه ينمو العبد وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة كان الكبير والنفقة
كالكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى
على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان
جنى جناية فالفدا على من له الخدمة لان التمكين من الاستخدام بالتطهير عن الجناية
فيجب عليه التطهير **وقوله** ولها اي لهذه المسئلة نظاير وقد ذكرها في الكتاب
واضحة **وقوله** ولا شي لصاحب الظرف وهو الامة والخاتم والقوصرة في المظروف

يعني

يعني الولد والفص والتمر في هذه المسائل كلها اما اذا كان احد الاحكام موصولا بالاخر فالا
واما اذا كان لاحدهما مفصولا عن الاخر فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله **وقوله**
كما في وصية الرقبة والخدمة فان الموصول والمفصول فيه في الحكم سوا وتاخير تعليل
محمد والجواب عما استدل به ابو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على ان المعول
على قول محمد رحمه الله **قال** رحمه الله ومن اوصى لاخر بثمره بستانه ثم مات وفيه
ثمرة المسايل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث
على وجوه ثلثة في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم كالوصية
بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد
ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم يذكره كالو
بالصوف على ظهر غنمه والولد في بطن امه جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم
من هذه الاشيا لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية
بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت تناولها والا فالقياس
ان تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس
ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز
عند انتفا الحقيقة صونا لكلام الموصى عن الالغا والمصنف رحمه الله جعل الفرق بين الثمرة
والغلة على العرف فيهما اثر السقي والخراج ونائبه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو
المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة **وقوله** ومن اوصى لرجل بخدمة
بصوف غنمه ابدا الى اخر الباب واضح ولله در المصنف ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه
الا ترى معنى من المعاني يحتاج الى تقدير الا وتركته او في تاديته لم من غيره وبعقد الخلع
صورته ان تقول المراة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي او غنمي صح وله ما في بطنها وان لم
يكن في البطن شي فلا شي له وما حدث بعد ذلك فهو للمراة لان ما في البطن قد يكون متقوما
وقد لا يكون فلم يغره حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس بها حمل ترد المهر والله اعلم

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع
يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على
اختلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة اذا كان المسلم فانه وقف
المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان
هذه الوصية معصية فلا يصح فلو اوصى بذلك اي لو اوصى ان يعمل بيعة او كنيسة لقوم
معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية التمليك
فامكن تصحيحه اي تصحيح ايجابه على اعتبار المعنيين يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من
الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا به
ما شاؤوا وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير معينين مسمين يعني قوما غير محصورين
جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان
كانت في معتقدهم قربة والوصية عند ابي حنيفة بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من
تقريرها ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا بالحج لم يعتبر

وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان
عندنا معصيه لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببنا بيعة
او كنيسه في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار
وذكر الفرق الفرق بين بنا البيعه والكنيسه والوصيه بذلك **وقوله** لم نحكم بحرمته لله
تعالى حنيفة بالحجر على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه **وقوله** لانه يبنون
دليل اخر على عدم التحرز لله **وقوله** بخلاف الوصية متصل بقوله لان البنا نفسه ليس
بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله بثبوت مقتضاه **وقوله** على
مقتضاه كلها راجع الى الوصية بتاويل الايصا وحاصل معناه ان الوصيه وضعت لازالة
الملك الا ان لفظها تقاعد عن افادة معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة
في معتقدهم فاما اذا اتى ما هو قربة فيه عملت عملها **وقوله** ثم الحاصل ان وصايا الذمي
الى اخره واضح **قوله** وهو ما ذكرناه يريد الوصية ببنا البيعة والكنيسه **وقوله**
كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسه **وقوله** والوجه ما بيناه اي من
الجانبين وهو ان المعتبر عنده هو اعتقادهم وعندهما انها معصية **وقوله** والجهة مسورة
يعني ان كلامه في صرف المال الموصى به الى غير استغناه المسجد وغيرها خرج منه على طريق
المشوره لا على طريق الالزام **وقوله** على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جايزه عندهما
موقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا **وقوله** وفي المرتده
الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت كا ميه قال في النهايه وذكر صاحب
الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذميه وهو الصحيح يعني
لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذميه ان الذميه تقر على اعتقادها واما المرتدة
فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاه بين كلاميه لانه قال هنا كان الصحيح وهنا
الاصح فهما يصدقان **وقوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله
كله جاز قيل هذا اذا لم تكن الورثه معه اما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار
بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونه في دار الحرب **وقوله** وذلك لحق المستامن يضا جواب
عما يرد على قوله ويرد الباقي على الورثه وهو ان يقال ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار
الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثه ايضا من رعاية حق المستامن
لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى
به فارغ عن ذلك **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الامتناع الوصيه بما زاد على الثلث
لحق الورثة الى اخره **وقوله** ولو اعتق عبده عند الموت الى اخره ظاهر **وقوله** ولو
اوصى لحربي في دار الاسلام دار الاسلام ظرف لاوصى له لا لقوله حربي اي لو اوصى
الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمي اذا اوصى لحربي
في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو اوصى اي المستامن لمسلم او ذمي
بوصية جاز والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان
الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لما ان كتاب الوصايا يشمله لكن قدم
احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل
اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه اي بغير علم

الموصى هكذا ذكره في الذخيره اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي لا بتداء كحاله عند
رد الموصي فليس برد لان الميت مضى لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير
علمه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد في حالة حياته الى
رده وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه فان قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله
في حال حياته ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم **واجيب** بان نفع الا
بالوصيه لنفسه ونفع الثاني للموصي وكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الوكيل
بشرا عبد بغير عينه او بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه اي في غيبته وبغير علمه لانه
لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فانه جعل عليه جوازه بعدم الضرر كما في رد
الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيره
والتتمه وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي
خان ونقل عن كل واحد منهما ما يدل على ان الوكيل اذا اعزل نفسه عن الوكالة حالة غيبة الموكل
لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما
يدل على الوكيل بشرا شي بعينه وقد اشار اليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشرا بقوله على
ما قيل الا بحضرة من الموكل وذكرنا ايضا قول المشايخ على ما يشير اليه **قوله** قيل وسببه الاضرار
بتقريره واما اذا كان وكيلا بشرا شي بغير عينه فليس فيه ذلك **وقوله** فان لم يقبل
ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام
فبقي مخيرا يعني كما في حال حياته فانه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا او دلالة كان بالخيار
قيل كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصا لم يرده اعتمد عليه الموصي ولو لم يوص
الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع **واجيب** بان الموصي مغتر حيث لم يساله
عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار
وقوله فلو انه باع شيا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانه يعمل عمل الصريح
اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت **وقوله** وقد بينا طريق العلم وشرط
الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكره من كتاب ادب القاضي في فصل القضاء
بالمواريث ومن علم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده
شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سوا اي الواحد فيهما
يكفي **وقوله** وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الوصي اذا سكت في حياة
الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان
بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصا عندنا خلافا لزفر لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقايه
للوصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور بشي والثاني مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضررين
اولى لا محالة **وقوله** الا ان القاضي اذا اخرجه استثنا من قوله فله ذلك يعني ان القاضي
اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا
الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فينفذ واليه ذهب الامام شمس الايمه السر
وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال الاداضح لان الوصاية او صحت بقبوله كان للقاضي
ان يخرجه ويجوز الاخراج فهنا اولى واليه ذهب شمس الايمه الحلواني رحمه الله والباقي واضح
قال رحمه الله ومن اوصى الى عبد او كافر ومن اوصى الى عبد غيره او كافرا وذمي او

مسنا من او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري
يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد رحمه الله في الصور الثلاث ان الوصية
باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث واليه ذهب
القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا انه معناه ستبطل ووجهه ان العبد
اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان لعجزه عن استيفا حقوق الميت مظنونا لكون منافعه
للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها او على تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن
التصرف بالوصاية قلنا لانها ستبطل باخراجه القاضي عنها واما القاضي فقد ذكر في كتاب
القسمة انه لو قاسم شيا قبل ان يخرجه القاضي فثبت ان الايصا صحيح لكنه لا يستوفي البياعات
الفاسق فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب
شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا
ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة **وقوله**
واستبداده الى ما بعدها لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه
في الكافر باطل لعدم ولاية على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرناه
بعضا منه انفا **وقوله** وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى
اليه لينظر في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل
الغرض في الوصاية وغيره **وقوله** ومن اوصى الى عبد نفسه والخ **وقوله** وفي اعتبار
هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته
وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزى
اذ لا ينفك ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي
لكنه غير متجزي فكان عائدا على موضوعه بالنقض **وقوله** انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون
وقوله مستبد احتراز عن الايصا الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار
ليس لهم ولاية المنع ولا منافاة قبل علمه اذ لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق
المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصا لم يبق للقاضي ولاية المنع **وقوله**
لكونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرقوق ولا الاحرار كافة الا اذا او ثق بديانته
وامانته وشفقته على من خلفهم فصار كالمكاتب فان الايصا اليه جائز فكذلك هذا
وقوله والوصاية قد تتجزى جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزيها وذلك ان الحسن
بن زياد رحمه الله روى عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في
العين والى الاخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة او بقوله
يصار اليه اي الى التجزي كيلا يودي الى ابطال الاصل هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على
الصغار فان يفضي الى التغيير وصفه وهو جعله متجزيا بعد ما لم يكن قلنا تغيير الوصف
لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية **قال** رحمه الله ومن يعجز عن القيام بالكلية
معنى تحوله بالوصية اي بالوصايا اي على امر الاوصيا لانه عدل كاف وعدل غير
كاف وفاسق وزاد المصنف رحمه الله العاجز اصلا اذا ظهر للقاضي عجز الوصي عن الاستبداد
وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب وصيا
ناظرا واذا علم ضبابة الوصي وبعض كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يجعل بضم

عدم

غيره

غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لمجرد الشكاية الى الوصي فذلك اي عدم الاستبداد لعجزه لا يحسنه
كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين اي جانب الموصي
والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي في حوائج الموصي والعاجز المعزول يقضا حقوق
نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض اليه بالاخراج وان شكا منه الورثة
او بعضهم الا اذا ظهرت منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب
وقوله ومن اوصى الى اثنين الى اخره روى عن ابي القاسم الصفار رحمه الله ان هذا الخلاف
بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على
حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه
ناخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه
قال الخلاف في هما جميعا او منفردا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما
يكون عند الموت وحينئذ يثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين ان يتفرقا والاجتماع بخلاف
الوكالة وانما قال الا في اشيا معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف اقوال العلماء فيها فقد ذكر في
الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة في
من تجهيز الميت وقضا الدين بجنس حقه وشرا ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد
ورد الغصب والودايع والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهي الستة
المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة
فقيل يحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فتعدادها واحد لا لا تزيد
على ما انفرد عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف اكثر من ذلك **وقوله** سبيلها الولاية
يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر **وقوله** لانها
ليست من باب الولاية اي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من اوصى اليه وذكر
رواية الجامع الصغير ليبان ان قضا الدين اي قبضه ليس مما نحن به هو عن الاختلاف
وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر
صاحب كل قول منهما **وقوله** فان مات احدهما متصلا بالكلام **وقوله** ولو ان
الميت منهما اوصى الى الحي ظاهر **وقوله** والاب والجد في النفس يعني اذا كان للاب ولاية
تزويج الصغار والصغائر واستيفا القصاص فللجد كذلك وللوصي فيما ينتقل اليه لانه خلف
على الاول وباعتبار هذه الخلافة جعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم
الاصل **وقوله** وعند الموت كان له ولاية اي عند موت الوصي كانت للوصي ولاية في
التركتين اي تركة لنفسه سماه تركة باعتبار انه ولي اليه وتركة موصيه اما في تركته
فباعتبار انه ملكه واما في تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزلته
فيهما **وقوله** فلا يرضى بتوكيل غيره اي لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصي الى غيره
قال رحمه الله ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة رجل اوصى الى رجل واوصى
لرجل اخر بثلث ماله وله ورثة صغارا وكبارا غيب فقاسم الوصي الموصى له نائبا عن الورثة
واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار
ان كانوا صغارا او في المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلكت حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة
على الموصى له بشي واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصي مع الوارث

ف

سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا بعد

مات منهما

ت ا

عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا
كان او كبيرا حاضرا او غايبا في المنقول والصغار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما افرزناه كان له
ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم والفرق بين المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له
بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره
في الكتاب وحاصله ان الورثة والوصي كلاهما عن الميت فيجوز ان يكون الوصي خصما عنهم وقايما
مقامهم واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة
حتى يكون خصما عنه وقايما مقامه في نفوذ القسمة عليه **وقوله** حتى يرد بالعيب اي فيما اشترا
المورث ويرد عليه اي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشرا المورث فانه اذا اشترى جارية
فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بايع الميت ولو لم يكن خليفة
لما رجع كما لو باعها المورث من اخر والمسالة بحالها فان المشتري يرجع على بايعه دون بايع بايعه
لانه ليس بخليفة عن بايعه حتى يكون غروره كغروره **وقوله** غير ان الوصي لا يضمن جواب سوال
تقديره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي
هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال
لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى اخره
وفيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور
في ذلك اما لو سلم اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا
في النهاية **وقوله** فان قاسم الورثة كان معلوما مما مر سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع
الصغير **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه **قال** رحمه الله وان
كان اوصى الميت بحجة رجل مات وترك اربعة الاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار
الحج الف درهم فاخذها الوصي الف او دفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يوخذ
ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يوخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا
وقال ابو يوسف رحمه الله يوخذ من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث
درهم فان سرقت ثانيا لا يوخذ مرة اخرى وقال محمد رحمه الله اذا سرقت الالف الاولى
بطلت الوصية فلا يوخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح
وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على ما ذكر في الكتاب وذكر الامام المحبوبي
ان هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة
حتى ينفرد احد الشريكين من غير قضا ولا رضى ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة
على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع
مال الغايب لا يجوز فلذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله الى اشارة الى ذلك لانها
توزن **وقوله** واذا باع الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى
او وصيه عبده الماذون له المديون بغير محضر من غرما العبد فان ذلك لا يجوز لان
لغرما العبد هنا حقا في استسعا العبد انما حقه في استيفا الدين من الثمن فلم
يكن البيع مبطلا حق الغريم بل محققا له لان حقه في الدراهم او الدنانير لا في عين
العبد وبالبيع يحصل **وقوله** ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرما
يعني اذا باع بمثل قيمته **وقوله** ولو من اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين

ظاهر **وقوله** لانه ضمنه بقبضه اي لا بعمل اخر يكون للورثة لان باستحقاق العبد
تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصي ولا للورثة **وقوله** لان الرجوع بحكم الوصية
لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان ان حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث **وقوله**
انه يرجع عليه بحكم الغرور لان الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما امره ببيعه والتصدق
بثمنه كان قايلا هذا العبد ملكي فكان مغرورا من جهته وكان ذلك دينا على الميت
والدين يقضى من جميع التركة **وقوله** وقد مر في باب القضا يعني في اخر فصل القضا
بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرما الى اخره **وقوله** فان كانت
التركة قد هلكت او لم يكن بها وفا لم يرجع بشي اي لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق
عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين اخر وذكر في الذخيرة بحالا الى ان
المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لانه غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب
ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير
ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له **وقوله** فان قسم الوصي
الميراث الى اخره ظاهر وكذلك **قوله** واذا احال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان المحال
والمحال عليه سوا في الملاءة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوزه يحتاج الى الفرق
بينها وبين ما اذا باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جايز على ما يجي والفرق ان البيع
معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها
بالمسلم فيه وبراس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرا
المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف فيجب ان يكون هذا ايضا على ذلك **وقوله**
ولا يجوز بيع الوصي واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيا لنفسه او باع من
اليتيم شيا من ماله هل يجوز او لا اذا كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف
في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من
الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى اظهر الروايتين عن ابي
يوسف لا يجوز على كل حال **وقوله** والصبي الماذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراوهم
بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى
لان الاذن فك الحجر ولم يكن تصرفهم بنيابة عن احد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله
تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن **قال** رحمه الله واذا كتب كتاب الشرا على وصي
هذا انما هو لكتاب الحقوق والشهود لتنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح **وقوله** لما بينا اشارة الى
قوله لان ذلك للحفظ **وقوله** وبيع الوصي على الكبير الغايب قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا
صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والضياع والعقار على جواب السلف كما ذكرناه
من قبل سوا كانوا حاضرين او غيبا وقال المتاخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان
على الميت دين لا وفا له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب فيه المشتري
في شرايه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة
اصلا الا ان يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين
او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة

فلها اذا كان الدين محيطا وبمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما
وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة
الخلاف المذكور في الدين **وقوله** لا ما لا يلي ما سواه دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور
حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضا
الديون الا بالبيع فكان ماذونا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين المنقول
والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما قالا في بيع منع الزيادة ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز واستحسن ابو حنيفة
فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزى فمتى ثبت له الولاية في بيع البعض يثبت في الباقي
ولانه في بيع البعض اضرارا للغيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك
في نصيب الكبير الا ترى انه يملك الحفظ وبيع المنقول حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت
قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا
كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية
فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار واما بيع حصة الكبار منه فعلى
الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق
يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا وكانت التركة
خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت
مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف **وقوله** ولا
يتجر في المال ظاهر **وقوله** وهذا الجواب في تركة هؤلاء يعني الاخ والام والعم وانما قيد بتركة
هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما تركوا ليس كوصي الاب في الكبير الغايب فان وصي الام لا يملك على الصغير
بيع ما ورثه الصغير عن ابيه العقار والمنقول في ذلك سوا لانه قايم مقام الام والام حال
حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير من الاب فلوصيها بيع المنقول دون العقار لان له ولاية
الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين ولا وصية اما اذا كان فان
كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضا الدين وقضا
الدين دخل تحت ولايته وان لم مستغرقا يبيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف
المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير في المال
فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه **وقوله** والوصي احق بمال الصغير من الجد الى اخره ظاهر **وقوله**
لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصا ينتقل ولاية الاب اليه الى اخره والله اعلم

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم يكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها الحد من عرافها
فيها **وقوله** واذا شهد الوصيان ظاهر **وقوله** وجه الاستحسان الى اخره اعترض
عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب وصي اخر فاذا لم يكن له ذلك
من غير شهادة فكذلك عند الشهادة اذا تمكنت الشبهة واجيب بان القاضي وان
كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الوصي اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا بد من
ثالث في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمه وصي وهناك تقبل الشهادة
فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي

وقوله

وقوله وكذلك الامان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة **وقوله** وكذا لو
اشهد يعني الوصيين الى اخره واضح **وقوله** واذا شهد رجلان لرجلين هذه المسايل اربعة
اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو
الشهادة بالوصية بنحو شايع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا
على جوازه وهو ان يشهد الرجلان بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع
وهو المذكور في الكتاب اخرا وهو ان يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف
مرسلة او بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا يقبل الشهادة
فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه
الاول فقد وقع الاختلاف فيه بنا على ذلك ايضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه محمد
رحمه الله ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة كما اجنبي بقضا
دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا
لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت
التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقايها لا في المال فلا تتحقق الشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب ان
الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شي من
شي اخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شي فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه
في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت
فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال **قال** رحمه الله واذا كان للمولود اي قال
القدوري رحمه الله اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فالظاهر ان الواو الواقع في اول
الكلام للاستيناف وكلامه ظاهر **وقوله** فهو دلالة على انه العضو الاصلي الصحيح وجه الدلالة
ان الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الالتين عند الانفصال من
الام ليست الا خروج البول منها وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة
الاصلية للالة كونها مبالا فاذا بال من احدهما عرف ان الالة التي هي للفصل في حقه هذه
والاخرى زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علا
الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النسا فهو امراة وان لم يظهر شي او تعارضت العلامات
فهو خنثى مشكل وهذا يدفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا اريد به الغالب والله اعلم

فصل في احكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا
او امراة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في الخنثى
المشكل ولم يقل المشكلة ولانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل هو الذكر لان حوى خلقت
من ضلع ادم اعتبرناه ان قام في صف النسا فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل قيل
وانما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات
واجب لان المسقط وهو الادا معلوم والمفسد وهو محاذاة المراة في صلاة مشتركة
موهوم والموهوم احب له ان يعيد الصلاة فان قيل الخنثى ان كان مراهقا فلا اعادة عليه

وان أفسد هاوان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان
بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فيجب احتياطا
فما وجه قوله لحالى ان يعيد اجيب بان مراده اذا كان مراده اذا كان مراهقا
والاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة
وعلى هذا التقرير يكون اعادة من عن يمينه ويساره وخلفه بحذائه اذا قام في صف الرجال
و لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما
بينا ان محاذاة المراة الرجل في حقهم موهوم وقوله واحب الينا ان يصلي بقناع يعني
اذا كان مراهقا واما اذا بلغ بالسن فذاك واجب وقوله وهو على الاستحباب يعني اذا
كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شي من علامات الرجال والنسا فالاعادة
واجبة وقوله لانه مباح لمملوكه النظر اليه رجلا كان او امراة قيل فيه نظر لانه وان كان
صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من
سيدها فما بالها ان تنظر من مولاتها الى ما لها ان تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في
التعليل وان كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو اخف منه الى خلاف الجنس فليس لذلك
تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوجه الولي امراة بمهر يسير اغنته عن شرا
الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقرير اجيب بان محمدا رحمه الله لم
يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين امره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لانه ان كان الخنثى
اذا كان امراة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها
وقوله ويكره له في حياته لبس الحرير قيل لا فايدة في قوله في حياته فانه لا لبس بعد الموت
وانما هو الباس وكان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر
في التراكيب يكون قيدا للاحتراز يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره ذلك لان لبس الحرير
حرام على الرجال دون النسا وحاله لم يتبين بعد فيوخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض
والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان يتكشف قدام
الرجال او قدام النسا يعني اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابدا
موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه المسئلة تدل على ان نظر المراة كنظر الرجل
الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجال لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف
للنسا في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم من رجل او امراة لقوله
صلى الله عليه وسلم الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل الا كان ثالثهما شيطان وامره
في ذلك محتمل نظرا الى حالته وقوله على ولي في لباسه يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقوله
محمد ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الحنث لا يثبت بالشك وقوله وان قال القولين
يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمهمل يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد
الحالين وقوله لانه دعوى يخالف قضية الدليل لانه يقتضي نفي الاشكال وهو لا يعلم في ذلك
من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي ان يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور نظم
يتقرر به وقوله لا يحل الغسل غير ثابت بين الرجال والنسا اي غسل الرجل المراة وعكسه غير ثابت في الشرع
فان الرجل الى العورة حرام والحرمة لم ينكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة
ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر

غسله

غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيتيمم بالصعيد وهو نظير امراة ماتت بين رجال او عكسه
فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان يممه الاجنبي وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر المييمم الى وجهه
ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امراة ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت
لا يبقى المالكية فالشرى غير مفيد بخلاف الشرى للختان فانه في حال الحياة وله اهلية الملك فيها وقوله وضع
الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا لحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنسا فكان في قربه للامام
بعد درجة فكذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى
ولو دفن في قبر واحد من عذر يجعل الخنثى خلف الرجل يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها اشرف
فالرجل بالتقرب اليه اولى وقد جا في الحديث انه صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكثرهم اخذا للقران الى جانب
القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المراة
النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المراة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في باب الصلاة وقوله
وان كان ذكرا فقد زاد واعطي الثلث فلا باس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة
فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضارة كما في حال الحياة ما زيد على الثلاثة واما اذا كان انثى كان في الاقتصار
على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة اثواب قال رحمه الله ولو مات ابوه وخلف ابنا اعلم
ان الشيخ ابا الحسن القدوري رحمه الله ذكر قول محمد مع ابي يوسف وكذلك اثبت المصنف رحمه الله في
الكتاب وكذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي رحمه الله وفي عامة الكتب ذكر قول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة
رضي الله عنه وكل ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم ياخذ به وهو ان
يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه اخر وهو تفسير اخر لمحمد بان يجعل على اثني عشر واخذ
به وكان قولا لابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم فيقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات الخنثى
وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان
يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور احدى علامات المذكور بلا تعارض فحينئذ يعتبر ذكرا وقال للخنثى نصف
ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس رضي الله
عنهما واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة
وللانثى خمسة وقال ابو يوسف رحمهما الله المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت
في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة ارباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو
اربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن اربعة ولمحمد رحمه الله ان الخنثى
لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثى كان اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث
صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان الكل واحد ثلاثة اسهم وفي حال ثلاثا
سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزايد وقع فيه الشك
فينتصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فضعفنا المخرج فصار
الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تاخير قول محمد اشارة من المصنف الى
اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد رحمه الله اقل مما ذهب
اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان تضرب السبعة في اثني عشر حيث
لا موافقة بينهما يبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شي من اثني عشر في
السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثون فظهر التفاوت بسهم من

من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين رحمه الله ولابي حنيفة رحمه الله ان الحاجة ههنا الى
اثبات المال ابتداء لانه لا بد له من بيان سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمعلوم
واثبات المال ابتداء بدون سبب متحقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن والاقل وهو
ميراث الانثى متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق اخر فانه يوخذ بالمتيقن ولا المشكوك الى
ان يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان علي دراهم يحكم بثلاثة حتى يقوم الدليل على الزايد
لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين
في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقا فلا يمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في الاستحقاق اصل
الميراث وانما هو في استحقاق الميراث المقدار وسببه الذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمتيقن
به فيما نحن فيه الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن
به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء
لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب
الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان
قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسالة من ستة تعول
وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام من
وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا تركت امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى
للمراة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرناه الخنثى انثى ترث النصف تكون المسالة من
اثني عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب كان
للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شيء للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير
قوله اقل النصيبين في سوء الحالين وهذا معنى مذهب عامة الصحابة رضي الله عنهم فان قيل
اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف
في الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله وهو انثى عنده في الميراث
الا ان يتبين غير ذلك يشير الى ان الثلثين في تلك المسالة يدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى
ذلك التقرير لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينقص من ذلك
لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل
يوخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث
المعروف لم ياخذ منه كفيلا في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل
منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة هناك
للمجهول وههنا انما ياخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يجوز به القاضي نظرا
فيمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فياخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى
ذكر استرد ذلك من راحته وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث
الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس
منهما فيتوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود **مسايل شتى** قد ذكرنا قبل
هذا ان ذكر مسايل شتى او مسايل منثورة او مسايل متفرقة من داب المصنفين ليتدارك
ما لم يذكر فيما كان لحق ذكره فيه **قوله** فاذا جاء ذلك ما يعرف انه اقرار يشير الى انه ما
يحكى من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان

بحرك

بيان
ما يكون

يحرك راسه عرضا والثاني فيما نحن فيه ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا اذا كان
ذلك معهودا في نفسه **قوله** ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه على بناء المفعول يقال
اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولا يقدر عليه **قوله** حتى لو امتد اراد به
سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت
يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس
قالوا وعليه الفتوى **قوله** وفي الابدة عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج
ان بعيرا من ابل الصدقة ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم ان لها اوابد
كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه **قوله** ولا يحد اي الاخرس
اذا قذف بالاشارة او الكتابة ولا يحد له اي اذا كان مقذوفا **قوله** وهو في حق الاخرس اي
العجز في حق الاخرس اظهر منه في حق الغايب لان الظاهر من حال الغايب الحضور والظاهر من حال الاخرس
عدم زوال الخرس فلما قبل الكتاب في حق الغايب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل
في حق الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولى **قوله** ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم
وغير مستبين وهو الكتاب على الهواء والماء ومرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو
ان يكتب في صدره من فلان الى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة ثم الحكم في كل منها ما ذكره
قوله فينوى فيه اي يطلب منه النية فيه **قوله** لانه بمنزلة صريح الكتابة اي الكتابة القولية كقوله
انت باين وامثاله **قوله** ولا يختص بلفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره ويثبت
بغير لفظ اي بفعل يدل على القول كالتعاطي **قوله** ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اي لا يكون
حجة فيكون فيهما اي في الاخرس والغايب الغير الاخرس روايتان **قوله** لانه اي الاشارة على
تاويل المذكور **قوله** لانه اي محمد جمع هنا اي في الكتابة بينهما بقوله يكتب كتابا او يومي ايماء
قوله وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة لان حصول البيان في الكتابة معلوم حسا
وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفي الاشارة زيادة
اثر لم توجد في الكتابة لانه اي الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل
باثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم
وهو اشارته بيده او براسه والمتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه وكان اولى بالاعتبار **قوله**
وكذا اي الذي صمت يوما او يومين عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي لا
يجوز اقراره بالايماء براسه اي نعم او كتب **قوله** واذا كانت الغنم مذبوحة في قرية
طاهرة طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فالمسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس
والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه
طاهر فقد جوز التحري هنالك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز
واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان
له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويوضح
ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كانت ثلاثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا
يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى

والله الموفق للصواب واليه المرجع والماب

تم الكتاب وربنا محمود وله المكارم والعلى والجود